

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAMILLA DE MAGALHÃES GOMES

**A PROVA NO PROCESSO COLETIVO – TEORIA DOS MODELOS DA
PROVA APLICADA AO PROCESSO COLETIVO**

**VITÓRIA
2009**

CAMILLA DE MAGALHÃES GOMES

**A PROVA NO PROCESSO COLETIVO – TEORIA DOS MODELOS DA
PROVA APLICADA AO PROCESSO COLETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.
Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior.

VITÓRIA
2009

CAMILLA DE MAGALHÃES GOMES

A PROVA NO PROCESSO COLETIVO – TEORIA DOS MODELOS DA
PROVA APLICADA AO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Este livro é dedicado à memória do Prof.
Ovídio Baptista da Silva

AGRADECIMENTOS

Sou mineira, sentimento, poesia. Aproveito, então, o espaço aqui reservado para dispensar formalidades e protocolos. O início, o óbvio: agradeço, todos os dias, todo trabalho, a minha mãe e minhas irmãs, minhas Magalhães, parte de mim, co-responsáveis por toda minha força e dedicação e co-merecedoras de todo retorno. A Euclides, amor, amizade, companhia e apoio, os olhos e ouvidos de uma história contemporânea a essa.

Aos amigos, em especial aqueles incentivadores dessa tarefa, Aline Jacob, Diana Carvalhinho, Ivi Elias, Lilian Mara, minha gratidão pelo que só posso chamar de inspiração.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr., responsável por minha formação científica, brilhante professor, revisor, pesquisador e debatedor de ideias, minha gratidão pela honesta orientação acadêmica.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, que contribuíram de alguma forma com o trabalho, são alguns os Profs. Francisco Vieira Lima Neto, Marcelo Abelha Rodrigues, Angel Rafael Castellanos e José Pedro Luchi. Em especial e com carinho, agradeço à Prof.^a Adriana Pereira Campos.

Agradeço, ainda, aos meus alunos e colegas professores das Faculdades Integradas Espírito-Santenses, em particular à Profa. Sayury Silva de Otoni e Maria Tereza Picallo por todo carinho e ajuda.

À amiga, colega e brilhante acadêmica Márcia Vítor Magalhães e Guerra, outra Magalhães agora incluída, a certeza de ser este trabalho resultado, também, de toda colaboração, debates e amizade construída entre nós, o sincero agradecimento.

A Verdade

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez
Assim, não era possível atingir
a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com o mesmo perfil.
E os meios perfis não coincidiam

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual metade mas bela
Nenhuma das duas era totalmente bela
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.²

² ANDRADE, Carlos Drummond, *O Corpo*, 7. ed., Rio de Janeiro: Editora Record, 1984.

RESUMO

O estudo tem por propósito apresentar o modelo de prova e procedimento probatório adequado ao processo brasileiro, mais precisamente ao processo de lides coletivas. Desenvolve-se a partir de algumas premissas básicas, quais sejam a constitucionalização do processo, o formalismo-valorativo e a principiologia processual. Na primeira parte, partindo do reconhecimento do caráter histórico e cultural do direito, visa tratar dos sistemas e modelos de prova. O estudo dos modelos de prova mostra, em contraposição, os modelos clássico e moderno, e a adequação daquele primeiro à nova fase metodológica do Processo Civil. A construção do novo modelo argumentativo-cooperativo demanda o reconhecimento do processo como direito fundamental e como centro da ciência do Direito Processual, com a necessária alteração dos paradigmas do Processo Civil. A partir desse novo modelo, procura-se nova interpretação para princípios e regras do Processo Civil e, em especial, dos processos coletivos. Para tanto, importa analisar alguns princípios próprios do microsistema de tutela coletiva, comprovando a influência direta dessa nova forma de pensamento sobre essa espécie de processos. O propósito é situar o processo coletivo nessa nova fase metodológica e abrir caminho para a análise seguinte, das regras probatórias. De modo crítico são analisadas e reformuladas as seguintes questões fundamentais da prova nos processos coletivos: a) o saneamento do processo e a audiência preliminar como momentos de definição e delimitação do “problema”; b) a alteração de paradigmas que envolvem o pedido e a causa de pedir; c) o ônus da prova, sua inversão, distribuição e o momento da decisão em relação a ambos com a respectiva oportunidade de produção de prova; d) a interpretação da regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* diante da metodologia e racionalidade do microsistema; e) a avaliação da prova produzida em inquérito civil e f) possíveis soluções e inovações trazidas nas propostas de alteração legislativa na matéria. Apenas com a devida identificação do modelo brasileiro de prova, e um regime probatório próprio, é possível dar o correto direcionamento aos estatutos existentes e aqueles que se pretende ver introduzidos no ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE – PROVA. MODELOS DE PROVA. TÓPICA. RETÓRICA. PROCESSOS COLETIVOS. PRINCÍPIOS. FORMALISMO-VALORATIVO. PROCESSO COOPERATIVO.

ABSTRACT

The essay has the purpose of presenting the model of proof and proof proceeding adapted to Brazilian procedure, more precisely to collective litigation procedure. It is developed from some basic premises, which are the constitutional interpretation of process, the “*formalismo-valorativo*” and the procedural principiology. On the first part, starting from the acknowledgment of the historical and cultural character of Law, it aims to expose the subject of the systems and models of proof. The study of the models of proof shows, in contrast, the classic and modern models of proof and the adequacy of that first to the new methodology of Civil Procedure. The building of the new argumentative-cooperative model demands the recognition of process as a fundamental right and as the center of Civil Procedure science, along with the necessary change of the paradigms of Civil Procedure. From this new model, a new interpretation is searched for the principles and rules of Civil Procedure and, particularly, collective litigation procedure. Therefore, it matters to analyze some of the principles that are characteristic of the class actions micro-system, proving the direct influence of this new outline of thought on the collective litigation procedure. The purpose is to situate the collective actions on this new methodologic phase and to open the way for the following analysis, the one of the rules of proof. With a critic view are analyzed and reformulated the following fundamental issues: a) the organization of procedure and the preliminary hearing as moments of defining and delimitation of the “problem”; b) the alter of the paradigms that involve the petition and its basis; c) the burden of proof, its inversion, distribution and the moment of the decision for both with the corresponding opportunity to produce the evidence; d) the interpretation of the rule of collateral stopel *secundum eventum probationis* faced with the methodology and rationality of the micro-system; e) the evaluation of the proof taken on civil investigation and f) possible solutions and innovations brought by the proposals of legislative alter on the issue. Only with the due identification of the Brazilian model of proof and a regime of proof procedure of its own it is be possible to give the correct guidance to the existing legislation and to those ones which intention is to introduce in the system.

KEYWORDS – PROOF. MODELS OF PROOF. TOPIC. RHETORIC. PRINCIPLES.
 “FORMALISMO-VALORATIVO”. COOPERATIVE PROCEDURE.

LISTA DE SIGLAS

AI – Agravo de Instrumento

CBPC–IBDP - Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual

CBPC–UERJ/UNESA - Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CM-GIDI - Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antônio Gidi

CM-IIDP- Anteprojeto de Código de Processos Coletivos para Ibero-America

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

HC – Habeas Corpus

LA – Lei da Ação Popular

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional

MP – Ministério Público

REsp – Recurso Especial

ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. SISTEMAS E MODELOS DE PROVA	17
1.1 SISTEMAS DE PROVA - DIREITO, HISTÓRIA E REALIDADE CULTURAL..	18
1.1.1 O Estado e o Direito Processual - A Relação entre os Aspectos Ideológicos, Políticos e Culturais por meio da Prova.....	29
1.1.2 Sistemas de Prova – as Formas de Avaliação da Prova e os Conceitos de Verdade	39
1.2. MODELOS DE PROVA	47
1.2.1 Da Concepção Clássica da Prova ao Conceito Moderno	50
1.2.2 Os Modelos e sua Racionalidade	53
1.2.2.1 O Modelo Clássico-Argumentativo	54
1.2.2.2 O Modelo Demonstrativo – A Racionalidade Científica.....	56
1.2.3 A Relação entre Sistemas de Avaliação da Prova e Modelos de Prova e de Procedimento Probatório.....	57
1.2.4 O Modelo Adotado e a Verdade Buscada: A Relação entre a Racionalidade de cada Modelo e “sua” Verdade	60
1.2.5 A Adoção de um Modelo Brasileiro	66
2. A PROVA NO PROCESSO COLETIVO - APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MODELOS DE PROVA E PROCEDIMENTO PROBATÓRIO AOS PROCESSOS COLETIVOS.	73
2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL E SUA REINTERPRETAÇÃO NO CONTEXTO DO FORMALISMO-VALORATIVO.....	78
2.1.1 O Microsistema do Direito Coletivo	79
2.1.2 O Princípio do Contraditório	82
2.1.3. O Ativismo Judicial e o <i>Public Law Litigation</i>	86
2.1.4 O Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito no Processo Coletivo	91
2.1.5 – O Princípio da Cooperação – Deveres das Partes e do Juiz	93

2.2 INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS PROBATÓRIAS DO PROCESSO COLETIVO A PARTIR DA RACIONALIDADE DE UM MODELO BRASILEIRO.....	95
2.2.1 A Audiência Preliminar e a Fixação do “Problema” no Processo Coletivo	96
2.2.2 Ônus da Prova nos Processos Coletivos.....	104
2.2.3 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova - Hipersuficiência.....	114
2.2.3.1 O ônus da prova nos Códigos-Modelo e Anteprojetos	116
A) Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. Antonio Gidi - CM-GIDI.....	116
B) Código Modelo – Código de Processos Coletivos para Ibero-America – CM-IIDP.....	117
C) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - CBPC-IBDP.....	118
D) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - CBPC-UERJ/UNESA.....	119
2.2.4 A Coisa Julgada <i>secundum eventum probationis</i> e a Prova – Insuficiência de Prova e Prova Nova	120
2.2.5 Produção Extra-autos de Provas - O Inquérito Civil e sua Validade Probatória .	131
2.2.6 Soluções e Inovações acerca da Prova	143
2.2.6.1 O Custo da Prova.....	143
2.2.6.2 A Utilização do Aparato Estatal.....	145
2.2.6.3 Prova Estatística e Por Amostragem	146
CONCLUSÃO.....	149
REFERÊNCIAS	157
ANEXOS	172

INTRODUÇÃO

O tema da prova há muito deixou de ser matéria coadjuvante no estudo do Processo Civil. De um período de pretensões lógico-materiais, a considerar a prova como mera demonstração, o processo encontra-se hoje em período diverso, no qual a prova representa posição de grande destaque, seja em função do reconhecimento do princípio do contraditório como elemento essencial da própria definição do processo, seja em razão de uma retomada do pensamento tópico-retórico ou problemático e o abandono daquela rígida separação entre questões de fato e de direito.

A presente dissertação tem por objetivo debater a existência de um modelo de prova adequado à realidade, à ciência e ao Direito Processual brasileiros. A partir da construção desse modelo argumentativo-cooperativo, o objetivo é examinar as peculiaridades da prova e de seus princípios no que concerne às lides coletivas e, de modo particular, interpretar os Anteprojetos de Código de Processo Coletivo e as propostas de alteração legislativa na matéria, na tentativa de aclarar e construir um regime da prova no processo coletivo nacional.

Nesse sentido, algumas premissas, próprias do direito brasileiro e do momento histórico da ciência do Direito Processual, determinarão a direção do estudo que será aqui desenvolvido. A primeira trata da constitucionalização do processo e do formalismo-valorativo, a determinar o reconhecimento da historicidade do direito e da relação entre direito material e processo.

A segunda refere-se à principiologia processual, abordando os princípios do processo civil de um modo geral, faces desses princípios quando aplicados ao processo coletivo e princípios específicos do processo de lides coletivas, dentre eles os princípios da participação, contraditório, ativismo judicial, economia processual, cooperação, microssistema e aplicação residual do CPC, a instrumentalidade das formas e o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, na forma da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Além de assentar tais premissas, outra observação importante deverá anteceder o exame do tema proposto: a interpretação das regras e disposições acerca da matéria deve passar, necessariamente, pela ótica constitucional e de princípios, mas deve, do mesmo modo, nortear tal tarefa a preocupação com a conformação do processo coletivo – a apontar, por exemplo, o desequilíbrio entre os litigantes -, superando interpretações ainda vinculadas a ideologias próprias do iluminismo e próprias da concepção duelística do processo.

Assim feito, é possível apontar algumas hipóteses ao problema científico proposto, a partir das possíveis interações entre as variáveis antes indicadas. A principal possibilidade que se apresenta está no condicionamento dado pelas premissas apontadas anteriormente indicando a adoção, pelo Direito Processual brasileiro, do modelo argumentativo. Isso porque, a partir da tomada da constitucionalização do processo e do formalismo-valorativo como premissas, chega-se ao reconhecimento do caráter discursivo-problemático do processo, sempre inserido numa perspectiva histórico-cultural e, nesse aspecto, a aplicação do método lógico-científico, de racionalidade técnica, próprios do modelo demonstrativo mostra-se deficiente.

Contudo, a adoção dessas em conjunto com a segunda ordem de premissas leva também a crer em uma segunda hipótese: a inexistência de modelos puros. Isso porque a aplicação dos princípios processuais não pode permitir a utilização da racionalidade do modelo argumentativo de modo puro, a tornar o debate processual interminável. A criação de um modelo brasileiro, então, dependeria da conjunção das duas ordens de premissas, que irá incluir, nesse ponto, aspectos específicos do processo civil de lides coletivas.

Certo é que a racionalidade aplicável ao processo será aquela própria da dialética, com a retomada do pensamento tópico-retórico, próprio do conceito clássico de prova, que a reconhecia como elemento de persuasão, como argumento, na racionalidade do medievo. Mas a sua aplicação, de acordo com essa segunda hipótese não poderá ser feita de modo puro.

A partir dessas premissas, quais sejam a constitucionalização do processo, o formalismo-valorativo e a principiologia processual; a ciência processual civil considera, hoje, essencial admitir o caráter histórico e cultural do direito, a relação entre direito material e processo e a configuração deste como instrumento de poder, carregado de valores e ideologias. Nesse entender, o processo é, indiscutivelmente, direito fundamental e o processo coletivo surge para atender necessidades históricas de uma sociedade massificada, a partir do reconhecimento dos direitos coletivos *lato sensu*, com a finalidade, eminentemente processual, de tutelar situações jurídicas até então desprotegidas.

Dentro desse contexto, um aspecto torna-se de substancial importância para a efetivação de tais direitos: o direito probatório. O período, hoje, é de revalorização da função probatória, seja em função do reconhecimento do princípio do contraditório como elemento essencial da própria definição do processo, seja em razão de uma retomada do pensamento tópico-retórico ou problemático e o abandono daquela rígida separação entre questões de fato e de direito. Assim, buscar formas de sistematização e interpretação das regras atinentes à matéria

representa, indubitavelmente, um dos caminhos para a garantia e efetivação dos direitos coletivos.

A presente dissertação, conforme já mencionado, será realizada com a pretensão de expor e analisar a teoria dos modelos da prova e determinar o regime da prova no processo civil, em especial no processo civil de lides coletivas.

Para tanto, o primeiro capítulo irá tratar justamente dos sistemas e modelos de prova, dividido em subcapítulos, o primeiro com conteúdo referente aos sistemas de prova, a história, e a realidade cultural e o segundo aos modelos de prova e a verdade buscada por cada: a relação entre a racionalidade de cada modelo e essa verdade, tudo em busca do modelo brasileiro de prova. Nesse ponto é importante ressaltar que não será realizada pesquisa sobre a teoria geral da prova. O foco do trabalho, aqui, é a prova dentro da perspectiva histórico-cultural e, por isso, o capítulo trata tão somente dos seus sistemas e modelos, não se detendo em pontos como natureza, classificação e espécies de prova.

Na primeira parte, então, estará uma análise de elementos externos ao Direito Processual - históricos, sociais e culturais – bem como outras duas, dos sistemas de prova e de avaliação da prova e filosófico-jurídica acerca da verdade, dentro dos sistemas processuais. Nesse contexto, será tomada por base como proposta de divisão histórica do Direito Processual a classificação dada pela Escola Gaúcha de Direito Processual.

Também importará definir, em perspectiva comparativa, a tradição a que pertence o Direito Processual brasileiro e, situá-lo de acordo com os modelos ideais de administração da justiça para assentar as diferenças entre a tradição do *Common Law* e a tradição romano-germânica.

Feito isso, será analisada a teoria dos modelos de prova e procedimento probatório, com a explanação dos conceitos fundamentais a essa teoria: a tópica, a retórica, o problema, o discurso judicial e a verdade processual, em busca do modelo de prova brasileiro.

A segunda parte do trabalho tem por tema, de modo específico, a prova no processo coletivo. O escopo inicial da pesquisa é, uma vez encontrado esse modelo brasileiro, aplicá-lo ao processo coletivo, com a análise de alguns princípios, como são exemplos o princípio do contraditório, o ativismo judicial e princípio da cooperação. Em seguida o trabalho toma seu caminho dogmático, ao interpretar as regras probatórias do processo coletivo a partir dessa nova racionalidade, analisando não só as leis do microsistema – Lei de Ação Civil Pública,

Lei de Ação Popular e Código de Defesa do Consumidor – mas também Códigos-Modelo e os Anteprojetos de Código de Processo Coletivo.

Serão analisados aqueles pontos próprios e peculiares da matéria da prova dentro da sistemática dos processos coletivos. Em virtude disso, questões como admissibilidade, relevância, fontes e meios de prova não são objeto da análise.

Interessa, antes de tudo, retomar a importância de um momento processual: a audiência preliminar e o saneamento do processo. Em tópico próprio, então, será avaliado referido momento e sua relevância dentro do modelo aqui construído, tanto pela importância da fixação do *thema probandum* e, portanto, do problema, mas também considerada a circunstância de ser no momento de sanear que questões como a distribuição e inversão do ônus da prova devem ter cabimento. Nesse mesmo item serão analisadas peculiaridades do pedido e da causa de pedir no processo coletivo, sua relação com a instrução, e a possibilidade e necessidade de interpretação ampliativa de ambos e de modificação no curso do processo.

Importa, também, o exame do ônus da prova e a nova visão que é a ele impressa no paradigma do formalismo valorativo. A partir da regra do Código de Defesa do Consumidor, da teoria da distribuição dinâmica do ônus e das inovações no tema trazidas pelas propostas legislativas, a pesquisa procura romper com as amarras do ônus estático, na pretensão de estabelecer a inversão e a distribuição dinâmica de acordo com os princípios do contraditório e da cooperação, dentro do modelo argumentativo-cooperativo da prova.

Em seguida, cabe atentar para a relação entre prova e coisa julgada, em função da regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*. A regra, que determina a ausência de coisa julgada na decisão de improcedência por insuficiência de prova, suscita inúmeras polêmicas, que serão ali tratadas: qual a natureza dessa sentença, a necessidade do juiz reproduzir em sua decisão que decide por insuficiência de provas, o conceito de prova nova, a suficiência dessa nova prova em alterar o julgamento, a aplicação da regra para todas as espécies de direitos coletivos *lato sensu*, a aplicação para os casos de improbidade administrativa. Como parte da metodologia desta pesquisa, também aqui serão avaliados os Códigos-Modelo e Anteprojetos no tocante ao tema da coisa julgada.

Na sequência, a produção extraprocessual de provas, com foco no inquérito civil, importante procedimento para efetivação dos direitos coletivos. O assunto cerca-se de polêmica na avaliação de tópicos como sua natureza, publicidade, e sua característica inquisitiva, que

dispensa o contraditório. Nesse último aspecto, a valoração dos elementos do inquérito como verdadeira prova faz surgir diversas correntes, examinadas no trabalho.

Por fim, as inovações e soluções em matéria de prova, trazidas pelos Códigos-Modelo e Anteprojetos, nos pontos como o custo da prova, a utilização do aparato estatal para a sua realização e a admissão da prova estatística e por amostragem, verdadeiro exemplo da prova como argumento, do modelo aqui a ser construído.

Algo ainda deve ser dito acerca da importância e relevância acadêmica e social do trabalho aqui desenvolvido. Os direitos coletivos *lato sensu* estão a meio caminho do direito processual e direito material e representam uma resposta a necessidades da vida e do progresso social. Os Códigos Brasileiros fulminaram a tutela coletiva, por colocar no foco o direito individual, com o Direito Civil considerado o direito por excelência.

Nessa nova fase do Direito Processual, em que o processo é reconhecido como entidade histórica e culturalmente determinada, a ciência do processo civil tem perspectiva constitucional. Nela devem o procedimento e a relação jurídica processual ser analisados sob o enfoque das garantias do devido processo legal, do contraditório, da igualdade, da liberdade.

Assim entendido, a prova tem papel fundamental na efetivação desses direitos. A tentativa desta dissertação é formular um modelo de processo coletivo adaptado ao Estado Democrático Constitucional e a fase metodológica recente do processo (formalismo-valorativo), reconhecendo o papel decisivo dos valores e opções políticas da Constituição como forma de controle do legislador e do juiz no processo coletivo. Acredita-se que, apenas com a devida identificação de um modelo brasileiro de prova, e um regime probatório próprio, será possível dar o melhor direcionamento aos estatutos existentes e aqueles que se pretende ver introduzidos no ordenamento.

1. SISTEMAS E MODELOS DE PROVA

Estudar a evolução histórica do instituto da prova e da forma de pensamento aplicada ao Direito ao longo dos séculos, é tarefa primordial na tentativa de localizar as influências das diversas concepções dadas hoje ao assunto. Ademais, por conta da importância do tema, estudar o direito probatório é talvez estudar o próprio cerne do processo: a resolução de litígios, a solução de problemas. E é inserido nesse contexto que mudanças significativas devem ser observadas no processo civil, a partir do reconhecimento da existência de uma estreita relação entre prova, contraditório e poderes instrutórios do juiz³, de modo a valorizar o ativismo judicial, o princípio da cooperação e a atividade probatória das partes.

Contudo, enquanto o estudo do Direito Processual é e pode ser considerado ciência, o próprio processo e seu exercício não é terreno da ciência; é âmbito de resolução de questões práticas, de problemas, de debates, de opiniões. A prova, então, como elemento essencial desse lugar de debates (o processo), aos olhos da ciência do Direito Processual terá por reconhecido o seu caráter argumentativo.⁴

Mas nem sempre foi assim e, na história do direito probatório, a perspectiva cientificista por muito tomou conta desse instituto, que foi entendido e visto como mera demonstração, tomado pelo ambiente lógico-científico observado em certo período histórico. Trata-se do *processualismo*⁵, movimento próprio da Idade Moderna, responsável por verdadeira tecnicização do processo, a aplicar o método científico ou autonomista, expulsando do Direito Processual todo conteúdo de Direito Material, aliado à racionalidade técnica/positiva, tendo como centro a norma jurídica.⁶

³ ABELHA RODRIGUES, Marcelo, A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (org) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246.

⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica- nova retórica*, trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2000. GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova - contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. Na literatura jurídica brasileira ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ZANETI JR, Hermes, *Processo Constitucional - o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ MITIDIERO, Daniel, Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. MITIDIERO, Daniel *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

⁶ ZANETI JR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.169, ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia do contraditório, p. 229

Entretanto, dentro do estudo das normas atinentes à prova no processo civil e, especificamente no estudo do processo civil de lides coletivas, referida perspectiva tem perdido espaço. A uma, porque o direito e mais o processo tem indiscutível caráter discursivo-problemático e, nesse aspecto, a aplicação do método lógico-científico, de racionalidade técnica se mostra deficiente ou mesmo insuficiente.

Faz-se, então, necessário reconhecer que a racionalidade a ele aplicável só pode ser aquela própria da dialética, com a retomada do pensamento tópico-retórico, próprio do conceito clássico de prova⁷, que a reconhecia como elemento de persuasão, como argumento, na racionalidade do medievo. Adota-se a lógica do provável, lembrando que, no processo, a investigação da verdade “não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes”⁸ e não pode visar a uma verdade absoluta, evidente.

A duas porque – e tal não se observa somente em sede de processo coletivo, mas no Direito como um todo – a aproximação entre as ditas tradições⁹ de *Common Law* e *Civil Law* tem por efeito não só o transplante de regras, mas também faz surgir a necessidade de estudar o método de pensamento e a racionalidade a informar a construção das regras advindas daquela tradição. E, em matéria de prova, o *Common Law* não passou pela mesma influência dos estudos pandectistas e do paradigma legalista a determinar a sua visão como elemento de demonstração, vendo-a, então, muito mais, como elemento de persuasão.¹⁰

É nesse caminhar que o primeiro capítulo do trabalho trata do estudo dos sistemas e modelos de prova. Antes, contudo, análises serão feitas de elementos externos ao Direito Processual, pelo que antecederá à explanação do tema central do capítulo a identificação desses fatores históricos, sociais e culturais que moldaram a evolução desse Direito.

1.1 SISTEMAS DE PROVA - DIREITO, HISTÓRIA E REALIDADE CULTURAL

⁷ GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova* - contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 89-107 – passim.

⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76.

⁹ A respeito do termo tradições, conferir item 1.1.1, infra.

¹⁰ A esse respeito DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*, New Haven/London: Yale University Press, 1986. ZANETI JR., Hermes, *Processo constitucional* - o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007, p. 69.

O estudo realizado tem, de início, o propósito de identificar e situar o processo sob sua perspectiva ideológica, cultural e histórica. Ao traçar aqui as linhas da história dos modelos de prova, quer-se fazer a identificação, tanto quanto possível, da relação entre as modificações sofridas pelo processo e o instituto da prova e esses demais campos da vida humana acima referidos.¹¹ Campos esses sempre condicionantes e determinantes do objeto de análise – o regime do direito probatório, mais especificamente, dentro do processo coletivo.

Afinal, esse objeto é eminentemente cultural. Produzir conhecimento acerca de um objeto cultural, carregado de valores e construções essencialmente humanas deve levar em conta sempre esse caráter perspectivo que nela será incutido. Em ciências culturais e humanas o conhecimento deve ser observado por uma ótica perspectiva, levando em conta sua dialeticidade e historicidade.¹²

Certo é, então, que este trabalho – e diferente não poderia ser – tem seu próprio caráter perspectivo. Seja ele dado pelas fontes bibliográficas pesquisadas, seja ele a percepção do pesquisador, esse caráter é o da identificação das relações entre o Direito Processual e o Estado e a forma como tais relações podem influenciar ou determinar o regime da prova.

¹¹ Sobre o direito como um campo BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In *O poder simbólico*, trad. Fernando Tomaz, 8. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

¹² Segundo Hannah Arendt, a concepção de verdade se alterou e “a transformação da verdade em mera veracidade deriva primeiramente do fato de que o cientista permanece ligado ao senso comum através do qual nos orientamos em um mundo de aparências”. A atividade científica é uma atividade de construção muito mais do que uma atividade de descoberta, “visto da perspectiva do mundo “real”, o laboratório é a antecipação de um ambiente alterado, e os processos cognitivos que usam as habilidades humanas de pensar e fabricar como meios para seus fins são os modos mais refinados do raciocínio do senso comum. A atividade de conhecer não está menos relacionada ao nosso sentido de realidade, e é tanto uma atividade de construção do mundo quanto a edificação de casas”. No que tange às verdades de fato, diz Arendt que: “um fato, um evento, nunca pode ser testemunhado por todos os estão eventualmente nele interessados, ao passo que a verdade racional ou matemática apresenta-se como auto-evidente para qualquer um dotado do mesmo poder cerebral, sua força coercitiva é universal, enquanto a força coercitiva da verdade factual é limitada; ela não alcança aqueles que, não tendo sido testemunhas, têm que confiar no testemunho de outros em quem se pode ou não acreditar”. Mas Arendt completa “não há verdades além e acima das verdades factuais; todas as verdades científicas são verdades factuais e somente afirmações factuais podem ser verificadas cientificamente. (...) O conhecimento sempre busca a verdade, mesmo se essa verdade, como nas ciências, nunca é permanente, mas uma veracidade provisória que esperamos trocar por outras mais acuradas à medida que o conhecimento progride”. “A verdade”, diz ela, “é aquilo que somos compelidos a admitir pela natureza dos nossos sentidos ou do nosso cérebro”. ARENDT, Hannah, *A vida do espírito*, trad. Antonio Abranches e Helena Martins, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 45-48. Segundo Foucault o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É essa relação estratégica que vai definir o efeito do conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo. FOUCAULT, Michel, *A verdade e as formas jurídicas*, tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed., Rio de Janeiro: Nau, 2005, p. 24-25. A respeito da dialeticidade do conhecimento, ver ainda NEVES, Antônio Castanheira, *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993; SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. De modo específico, em termos de processo, conferir ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional - o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Assim, nessa primeira parte, o estudo se volta muito mais a identificar essas relações entre campos do que a traçar as linhas da evolução da ciência do Direito Processual. Não que essa última inclinação não seja tão – ou até mais – importante quanto à perspectiva sócio-política. É apenas a escolha de um ponto de partida, de apenas um dos muitos enfoques possíveis a serem dados ao estudo do processo.

Admite-se, assim, o caráter perspectivo e condicionado do pensamento esboçado nestas linhas. Admite-se erigir-se, principalmente, a partir de análises da relação entre o poder e o saber, entre Direito e Estado, entre processo e fatores sócio-políticos. Mas, ainda inarredável esse seu caráter, há que se ter sempre o cuidado para que a admissão da abordagem de um tema sob essa ou aquela perspectiva não se transforme em excessivos relativismos.

Falar de História do Direito Processual é falar de mais do que eventos situados no tempo.¹³ Estudar história é estudar a ação humana que, com Nuno Espinosa Gomes da Silva, é a unidade incindível de exterior e interior: é a objetivação, no mundo dos fatos, do estado de espírito, do pensamento do seu agente. Compreender uma ação passada é descobrir o seu porquê e descobrir o porquê é penetrar no pensamento do agente.¹⁴

Mario Bretonne, historiador italiano, traz também uma identificação acerca do que seja o estudo histórico, ao dizer que, “acontecimentos e instituições dependem do consciente ou inconsciente agir dos homens, e de forças que se movem no fundo de uma sociedade”. Refere, ainda, que estes “são acompanhados por idéias e crenças ou teorias, e desenvolve-se à sua volta o senso comum, ‘esse enredo de significados sem o qual nenhuma sociedade poderia existir’”. Mas, de toda sua explanação, uma talvez seja representativa da relação entre

¹³ Diz-se isso porque aquela antiga concepção de História, identificada com mero estudo de fatos situados em um determinado espaço e tempo, distante do aspecto social, não tem mais lugar. Para estabelecer tal afirmativa, utiliza-se este estudo das lições do historiador Eric Hobsbawm. Em *Sobre história*, o autor trata do que denomina o “sentido do passado”. Diz ali que “o passado é uma dimensão permanente da consciência humana, um componente inevitável das instituições, valores e outros padrões da sociedade humana. O problema para o historiador é analisar a natureza desse “sentido do passado” na sociedade e localizar suas mudanças e transformações”. Esse “passado social formalizado” - como tudo aquilo que é lembrado, ou capaz de tanto - e sua abrangência dependem “das circunstâncias. Mas sempre terá interstícios, ou seja, matérias que não participam do sistema da história consciente na qual os homens incorporam, de um modo ou de outro, o que consideram importante sobre sua sociedade”. E, ainda utilizando do ensinamento de tão importante historiador, “a postura que adotamos com respeito ao passado, quais as relações entre passado, presente e futuro não são apenas questões de interesse vital para todos: são indispensáveis. É inevitável que nos situemos no *continuum* de nossa própria existência, da família e do grupo a que pertencemos”. HOBBSBAWN, Eric, *Sobre história*, trad. Cid Knipel Moreira, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 22 e 50.

¹⁴ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 25.

História e Direito. Segundo o autor, um “vínculo genético liga, no direito, o presente e o passado”.¹⁵

Em razão disso, o Direito é identificado como fenômeno cultural e disso, obviamente, não escapa o processo.¹⁶ Ainda assim, poucos reconhecem no Direito este seu caráter sempre perspectivo, condicionado a fatores externos. Aqui, contudo, disso não se pretende olvidar: o pensamento jurídico é, sem dúvida, “entidade culturalmente histórica”¹⁷. Assim, impossível é dissociar o processo da ideologia, entendida como a crença em um sistema de idéias que vincula determinada conduta dos comportamentos coletivos¹⁸.

Na identificação dessa relação entre ideologia e processo, a explanação de Mauro Cappelletti, na seguinte passagem:

é uma realidade que o direito processual, e também a própria técnica do processo, não é nunca algo arbitrário, mas algo que traz sua própria medida de exigências práticas e culturais de um determinado tempo. O direito processual, resumindo, pode ser considerado, em certo sentido, se nos permitir a metáfora, um espelho no qual, com extrema fidelidade, se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia em determinado período histórico.¹⁹

Nesse entender, estudar a história do processo é estudar as transformações em diversas esferas da vida social que interferem e influenciam tanto a técnica quanto a dogmática processual. Não há, diz o autor italiano, nenhuma técnica jurídica que seja um fim em si mesmo e que

¹⁵ BRETONE Mario. *História do direito romano*, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja, Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 15 e 23.

¹⁶ É nesse sentido que já se referia Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ao dizer que o direito processual “traí, às vezes, o que está na alma dos estadistas”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, tomo I, prólogo, p. XIII. Nesse mesmo entender, manifesta-se Mario Bretone, ao dizer que “hoje ninguém negaria, pelo menos em princípio, que a história jurídica tem a ver não apenas com idéias e “valores”, mas com comportamentos e problemas sociais num tempo e num espaço determinados, com a economia e a política”. Mais adiante, continua dizendo que “entre o direito e as situações sociais, entre a economia e o direito, há uma ligação intrínseca, mas não uma relação imediata e especular”. In *História do direito romano*, p. 27 e 29.

¹⁷ NEVES, Antônio Castanheira, *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 47. Dentro dessa mesma perspectiva, Reale compara o direito à arte e à educação, identificando-os como produto da cultura, formada segundo a “índole dos povos” e, citando Tobias Barreto, refere-se à cultura como sendo a “antítese da natureza, no tanto quanto ela importa uma mudança no natural, no intuito de fazê-lo belo e bom”. REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*, p. 237. Em outra de suas obras diz que cultura é “o complexo de valores que, em dada época, corresponde aos bens culturais já possuídos pelo homem, bem como às exigências ideais que determinam seus comportamentos individuais e coletivos” REALE, Miguel, *Experiência e cultura*, Campinas: Bookseller, 2000. Cultura, “es todo lo que el hombre realiza agregando algo a – o modificando – la natureza” LAMAS, Félix Adolfo. Tradición, tradiciones y tradicionalismos. In *Tradição, revolução e pós-modernidade*. Campinas: Millennium, 2001, p. 28.

¹⁸ O conceito assim entendido, naquela mesma esteira apontada por Hermes Zaneti Júnior e Daniel Francisco Mitidiero, pode ser encontrado em PIERANGELI, Jose Henrique; ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 65. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 13.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 18.

seja, portanto, neutra do ponto de vista ideológico. O direito processual e o direito material relacionam-se e influenciam-se mutuamente e é por meio desse último, especialmente, que as ideologias penetram no processo.

Essa influência da ideologia nas regras processuais é perceptível no que diz respeito à matéria probatória. Como exemplo disso, durante o período feudal, os institutos de direito material refletiam a concepção hierarquizada e anti-igualitária da sociedade. Tal ideologia refletiu diretamente na prova, cuja estrutura possuía estes mesmos critérios hierárquicos, em especial em se tratando da prova testemunhal.²⁰

Mas a ideologia pode incidir diretamente na norma processual, prescindindo da mediação do direito material. Assim ocorreu com as mudanças em relação à publicidade do processo e de seus atos, bem como da oralidade das audiências, como reflexo dos ideais liberais da Revolução Francesa, em oposição ao procedimento secreto do Antigo Regime.²¹

Um cuidado, entretanto, faz-se importante, senão essencial, no estudo da História. Em Antonio Manuel Botelho Hespanha lê-se que, estudar história para fins jurídicos não é “apresentar etapas históricas da evolução jurídica como possíveis modelos para o futuro”, equivalente a uma “operação de sentido retrógrado”. Ela funciona como instrumento de crítica, na medida em que revela o caráter especialmente situado, temporal, construído, cultural e local dos paradigmas políticos e jurídicos e das representações e valores que dominam cada época, destacando-se a dificuldade de serem encontrados valores, princípios ou técnicas jurídicas que tenham vencido o tempo ou a diversidade cultural.²²

A “História não tem por objetivo só o passado, mas o tempo, e todo o tempo.”²³ E o tempo histórico, certamente, não coincide com o tempo numérico ou quantitativo, tem conteúdo

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil, trad; Athos Gusmão Carneiro. *AJURIS*, ano VIII, n. 23, novembro, 1981, p. 17-33. Também sobre essa relação CAENEGEM, R.C. van, *Uma introdução histórica ao direito privado*, trad. Carlos Eduardo Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 28. Acerca dessa relação diz Zaneti ser o direito processual o “caminho para a realização, com Justiça, do direito material resistido” ZANETI JR. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual), p. 167.

²¹ CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 117-130.

²² Por tudo isso, “não se pode utilizar das categorias atuais da análise dogmática do direito como instrumento de compreensão das experiências jurídicas históricas, em uma retroprojeção das categorias vividas do historiador sobre os dados do passado”. Estas (categorias atuais) servem a reconhecer a provisoriidade das categorias históricas. HESPANHA, Antonio Manuel. *Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma*. : HESPANHA, Antonio Manuel (org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 08. Também sobre o caráter situado da história, ou do estudo da história, Miguel Reale fala em escolhas feitas “por um homem situado”. REALE. *Experiência e cultura*, p. 249. Ela (a História) não é e nem pode ser, uma “escatologia secular”. “Todo estudo histórico, portanto, implica uma seleção, uma seleção minúscula de algumas coisas da infinidade de atividades humanas no passado, e daquilo que afetou essas atividades”. HOBBSAWN. *Sobre história*, p. 43 e 71.

²³ TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 21.

axiológico, “é uma experiência de valores, na qual atuam fatores operacionais de escolha e de seletividade”. O tempo do direito é um “tempo axiológico”²⁴ Por tudo isso, diz-se novamente com Mauro Cappelletti, a história e ciência política, a economia e a sociologia são ingredientes necessários do trabalho dos processualistas.²⁵

Para melhor compreensão do tempo histórico do direito, com fins didáticos e teóricos, será utilizada uma sistematização dogmática dos períodos do Direito Processual, conforme apontado por Daniel Francisco Mitidiero.

A metodologia da doutrina gaúcha não acompanha, contudo, a divisão tradicional dos períodos de Direito Processual. A Escola Paulista, com Cândido Rangel Dinamarco traz divisão assentada nos avanços da ciência processual, enquanto a divisão, antes citada, trata de endereços culturais a determinar os diferentes modelos processuais ao longo dos tempos. Cabe destacar aqui ambas as propostas, com a finalidade de esclarecer os motivos da escolha metodológica acima feita.

Três são as fases, segundo Candido Rangel Dinamarco: períodos *sincretista*, *autonomista ou conceitual*, *teleológico ou instrumentalista*. Sua perspectiva é a da análise do Direito Processual como ciência e essa, deve ser dito, surge tão somente a partir da segunda fase, ainda que, como será mostrado a seguir, desde o Direito Canônico já era dada uma perspectiva relativamente científica ao processo e seu estudo.²⁶

No *sincretismo* tinha-se uma “visão plana do ordenamento jurídico”²⁷, em que se confundiam ação e direito material. O conhecimento, nesse período, era puramente empírico e sem nenhuma preocupação científica, sem definição de método ou de princípios ou mesmo de conceitos próprios aplicáveis à disciplina do processo. O processo era, inclusive, confundido

²⁴ REALE. *Experiência e cultura*, p. 247.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Procesos, ideologia, sociedad*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Tomaz A. Banzhaf Buenos Aires: EJE, 1974, p. 89.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 253-254. O autor analisa esses períodos, também em outras obras suas. Em *Fundamentos do processo civil moderno*, repete essa divisão, dando considerável destaque à polêmica entre os alemães Windscheid e Muther e a obra de Oskar Büllow, o que denota a grande preocupação de seu estudo com o aspecto científico, com a identificação do direito processual como ciência. In *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. 2, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 726-730. Também em seu *Instrumentalidade do processo*, obra em que desenvolve teoria que já despontava na literatura jurídica italiana, qual seja, a da instrumentalidade do processo, Dinamarco lembra a divisão dos períodos do direito processual. In *A Instrumentalidade do processo*, 12 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17-26. Já o estudo de Mitidiero tem preocupações outras e relaciona o direito processual a aspectos externos, como o Estado e a cultura. MITIDIERO. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. A respeito da influência do direito canônico cf. TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz. *Lições de processo civil canônico* (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 73.

²⁷ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do processo*, p. 18.

com o mero procedimento, como atos concatenados; sem que importância fosse dada ao contraditório ou à relação jurídica processual. Era ele mero modo de exercício de direitos e embora a jurisdição fosse considerada função pública (já desde o período da *extraordinária cognitio* romana), o Direito Processual - e seu sistema -, eram entendidos como pertencentes ao Direito Privado²⁸.

A *fase autonomista*, iniciada com a publicação da obra de Oskar von Büllow²⁹, proclamou a existência de uma relação jurídica especial entre os sujeitos do processo, diversa da relação de direito material. Tal fase tem verdadeira inspiração no período Iluminista e nas codificações européias que se sucederam. O processo, aqui, não mais é entendido como um mero modo de exercício do direito material: é um caminho para obtenção da tutela jurisdicional. Suas normas têm por objeto os fenômenos ocorridos na vida do processo: jurisdição, ação, defesa e processo. Cresceu, nesse período, a autonomia conceitual da ação, do processo e do próprio Direito Processual que, portanto, passou a ser visto como verdadeira ciência: se o processo não mais pertencia aos quadros do Direito Privado, constituindo um objeto autônomo, sua ciência deveria também ser autônoma, com metodologia e princípios próprios, diversos daqueles do Direito Material.³⁰

A tese da autonomia, contudo, olvidava do fato de não ser o processo um mero instrumento do direito processual, de estar ele impregnado de conteúdos éticos, ideológicos e deontológicos. Esquecia-se que o processo tem também objetivos sociais, políticos e econômicos e que sua relação com o direito material é intensa e reciprocamente determinante, senão essencial à perspectiva de um processo justo e de uma tutela jurisdicional adequada³¹.

Em reação aos exageros da fase autonomista e reconhecendo os vários escopos do processo, dando valor ao acesso à justiça e à instrumentalidade, à efetividade e à segurança, surge a fase atual, *instrumentalista ou teleológica*, dedicada a identificar os objetivos do Estado ao exercer Jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes, deixando para trás o conceitualismo e abstração excessivos e preocupando-se

²⁸ Essa característica privada do processo no Direito Romano será apresentada a seguir, mas vale desde já indicar KASER, Max, *Direito privado romano*, trad. Samuel Rodrigues, Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. 4. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

²⁹ A obra é *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*. Acerca do reconhecimento da ciência do direito processual e a importância da obra de Bullow, conferir também MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, vol. 1 - teoria geral do processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 387-395.

³⁰ DINAMARCO. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. 2, p. 729. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 19.

³¹ Falando em tutela jurisdicional adequada MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

com o “endereço teleológico” e a “conotação deontológica” do processo. E, nesse sentido, fundamental é a obra paulista, ao colocar como centro da ciência processual – bem como do Direito Processual – a Jurisdição e não mais a ação, atendendo ao abandono da concepção privatística e individualista do processo, dando-lhe, agora sim, natureza pública.³²

De outro lado, a divisão proposta por Daniel Francisco Mitidiero³³ é entre *praxismo*, *processualismo*, *formalismo*. Identifica endereços culturais – pré-história processual, modernidade processual e contemporaneidade processual -, que remetem a estes modelos e à forma de metodologia e racionalidade que os informavam.

O *praxismo* corresponde ao que Nicola Picardi denomina de pré-história do processo civil, ou seja, período em que não é possível falar em *processus*, mas em *iudicium*.³⁴ Pertencem a essa fase o processo civil romano – em todos os seus três períodos - e o processo civil comum (e seus componentes, processo romano, canônico e germânico-bárbaro). Tinha metodologia sincrética e identificava o Direito Processual Civil como direito adjetivo³⁵ existente apenas se

³² Cf. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, p. 256. DINAMARCO. *A Instrumentalidade do processo*, p. 92-97. As expressões em destaque estão nesta última obra, p. 23.

³³ MITIDIERO. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil, p. 16. É preciso ressaltar que o autor, posteriormente, em sua tese de doutorado, recentemente publicada, evoluiu em seu pensamento, para dividir o direito processual civil em quatro fases metodológicas: praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil – pressuposto sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29. Contudo, parece que, para os fins desta pesquisa, mais coerente ainda é a divisão construída em seu primeiro trabalho, por ter por critério endereços culturais ou períodos históricos, associados a cada fase do direito processual civil, assim como o trabalho aqui realizado é informado.

³⁴ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33-68. Também a esse respeito Hermes Zaneti Jr, ao dizer ser o *iudicium* “extra-estatal, precedente ao domínio do príncipe” e o *processus* “estatal e publicista” ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: *Revista de processo*, ano 29, São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 338.

³⁵ Denominação que mereceu as severas críticas de Galeno Lacerda. “Cautela e instrumentalidade do processo. Princípio da adequação – Erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito *adjetivo*, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio, é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceitos complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofístico. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal, e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente a se, possui matéria e forma próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera. Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação. Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo há de ser,

ligado ao direito substantivo. O fenômeno jurídico era informado por uma racionalidade prática, com a argumentação dos sujeitos processuais voltada à solução de problemas, em uma perspectiva tópico-retórica³⁶.

Em seguida, surgiu o *processualismo*, movimento próprio da Idade Moderna, responsável por verdadeira tecnicização do processo. Nesse período os processualistas, especialmente os pandectistas alemães, preocupavam-se em dissociar o processo de elementos externos e o identificavam como um instrumento puramente técnico. Pretendia-se uma despolitização de seus operadores, com a atividade desse realizada como se fossem meros instrumentos de aplicação do poder, alheios a valores, completamente neutros e não afetos a ideologias ou pré-compreensões pessoais.³⁷

Seu método era o científico, ou autonomista, expulsando do Direito Processual todo conteúdo de Direito Material – tarefa, sem dúvida, utópica e essencialmente equivocada. A intenção era provar a autonomia do ramo do Direito Processual e para tanto “abstraiu-se completamente o valor do direito material para a teoria do processo (ou pretendeu-se abstrair), criando dois planos tão distintos que corrente doutrinária de peso defendeu a inexistência de qualquer direito fora do processo”.³⁸

A racionalidade a informar tal período é a técnica/positiva³⁹, tendo como centro a norma jurídica. É nesse contexto que surge a idéia da atividade jurisdicional como direcionada a descobrir a vontade concreta da lei, desenvolvida por Giuseppe Chiovenda⁴⁰.

Por fim, o *formalismo-valorativo*, aliado também a uma racionalidade prática procedimental, mas informado pelo método instrumental. O formalismo compreende a totalidade formal do processo e diz respeito “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas

portanto, a adequação. Como são três os fatores a considerar, a adequação se apresenta sob tríplice aspecto: subjetiva, objetiva e teleológica. Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum. Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto; atuar, sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim; trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos. Assim também há de suceder com o processo, para que possa cumprir a missão de definir e realizar o direito”. LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-20.

³⁶ MITIDIERO. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e *processus* assimétrico moderno, p. 77.

³⁷ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 95.

³⁸ ZANETI JR. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual), p.169.

³⁹ PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 136.

⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, trad. J. Guimaraes Menegale, vol. 2, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 4.

finalidades primordiais”. É verdadeiro movimento cultural, cuja intenção é nele (no processo) imprimir valores constitucionais por meio do caráter instrumental da relação jurídica processual em contraditório; nunca olvidando o caráter axiológico da atividade dos operadores do Direito. Tem-se aqui, a retomada daquele pensamento tópico-retórico com o reconhecimento do caráter problemático do processo e a visão de que este é instrumento ético, sem deixar de ter, obviamente, estrutura técnica.⁴¹

A questão agora é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, uma vez que a sua organização representa mesmo porque “equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal” e, em consequência disso, reconhecê-lo como verdadeiro direito fundamental.⁴²

Por tomar por critério “endereço culturais” da história, associados a uma metodologia e uma racionalidade próprias de cada uma daquelas épocas e condicionadas a fatores externos ao processo, este estudo passa, então, a tomar por informadora da divisão dos períodos da história do Direito Processual a teoria apresentada por Daniel Francisco Mitidiero. Por força dessa metodologia, a divisão referida coloca em destaque ponto que a este trabalho é fundamental: a prova. Ao apresentar as diferentes racionalidades históricas, faz-se possível identificar o modelo probatório então adotado, segundo a teoria dos modelos de prova e de procedimento probatório de Alessandro Giuliani⁴³.

Ademais, consideradas como premissas a constitucionalização do processo e o formalismo-valorativo, a determinar o reconhecimento da historicidade do Direito e da relação entre direito material e processo e, ainda, a principiologia processual; a disposição do tempo histórico do processo segundo os critérios da doutrina gaúcha faz-se mais apropriada. A perspectiva do formalismo-valorativo implica o reconhecimento do caráter problemático do Direito, voltando à cena a racionalidade prática, do tipo procedimental.

Nesse ponto o trabalho diverge do estudo desenvolvido por Daniel Francisco Mitidiero que diz informar o novo período pela racionalidade prática material, “pautando-se o discurso e

⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 8-9.

⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267. A esse respeito, também, ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 78. Acerca dos direitos fundamentais, conferir, por todos SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴³ GIULIANI. *Il concetto di prova*.

legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais como processuais)”.⁴⁴

Na contraposição entre modelo demonstrativo e argumentativo de prova, que será objeto da segunda parte deste capítulo, contrapostas estarão também duas espécies de racionalidades correspondentes a cada um dos modelos: a racionalidade técnico-científica e a racionalidade prática, como já brevemente comentado acima.

Enquanto o tecnicismo se utiliza de juízos teóricos puros⁴⁵ preocupados com a inferência e a demonstração e visa o conhecimento verdadeiro e explicação universal, a racionalidade prática funciona de modo diverso. Tem por foco “a plausibilidade razoável-situacional e prático-contextual” e é dirigida “menos à razão em si do que a razões mobilizáveis na situada dialética prática de uma controvérsia”. Seu discurso, então, não possui pretensões de validade em sentido absoluto, mas em sentido prático estrito.⁴⁶

Mas, a validade desse discurso pode ter dois fundamentos distintos, um com critérios materiais definidos *a priori* e outro com critérios procedimentais, garantidos pela pretensão de correção – pretensão de agir conforme o direito e a justiça.⁴⁷

No primeiro caso está a racionalidade prática material, como aquelas “cujas validades que intencionam ou pretendem manifestar se refiram e sejam a expressão de um fundamento material”. O resultado, a conclusão ou a decisão serão reconhecidos como válidos quando “racionalmente sustentadas ou justificadas por algo materialmente pressuposto que se entende susceptível de dar sentido positivo à prática”.⁴⁸

De outro lado está a racionalidade prática procedimental, cujas decisões se legitimam pela observância de “um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e validade de atitude prática racional”.⁴⁹ A validade não é mais um critério material anteriormente definido e passa a ser o procedimento, orientado por regras que poderão ser, essas sim, abstrata e anteriormente estabelecidas.

⁴⁴ Volta à cena, diz o autor, a “racionalidade prática, do tipo material, cujo desiderato precípua está em alcançar a justiça do caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais como processuais). No plano da ética a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta de conduta principal no processo civil do Estado Constitucional”. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil – pressuposto sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

⁴⁵ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p.171.

⁴⁶ NEVES. *Metodologia jurídica*, p. 37.

⁴⁷ ZANETI JR. op. cit., p.171.

⁴⁸ NEVES. op. cit., p. 43.

⁴⁹ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 71.

No primeiro tipo essencial é o conteúdo e secundário o modo de obtenção, no segundo tipo o essencial é esse modo e secundário o conteúdo. Ou ainda: legitimação (validade) pelo fundamento material para o primeiro e legitimação pelo processo para o último.⁵⁰

Assim, por tratar-se de racionalidade validada pelo próprio procedimento, focada no modo de obtenção da decisão judicial e garantida pela pretensão de correção: a pretensão de agir conforme o direito e a justiça; é essa a mais adequada aos moldes deste trabalho, que pretende construir um modelo de prova adaptado ao modelo do Estado Democrático Constitucional Brasileiro. Modelo esse que pressupõe um juiz vinculado ao debate judicial, tudo como será observado nos itens a seguir.

1.1.1 O Estado e o Direito Processual - A Relação entre os Aspectos Ideológicos, Políticos e Culturais por meio da Prova

Não basta, contudo, localizar os períodos históricos, identificar o critério para a divisão desses períodos e adotar uma teoria relativa à prova e aos modelos de prova na história do processo. O “historiador do direito precisa avaliar quais fatores influenciaram sua área de pesquisa o que implica não só fatores técnicos, como também fatores sociais”. Com isso, se quer dizer não só o que acima já fora reconhecido acerca do caráter cultural do Direito, mas também de que as escolhas feitas, ao longo dos tempos, no campo do Direito foram determinadas não só em função de dados endereçamentos teóricos então adotados, mas também e especialmente em função de aspectos externos, sejam estes ideológicos, políticos, econômicos, sociais ou culturais.

Mesmo porque o campo do Direito “é apenas um microcosmo dos diversos interesses e idéias do mundo como um todo”.⁵¹ E mais ainda ao se tratar de direito probatório, matéria que revela a própria forma de pensar, o “modelo cognoscitivo” corrente na sociedade. Essas, então, não são “axiologicamente neutras” e são responsáveis por revelar no processo características culturais da sociedade, como um “fragmento das relações entre o indivíduo e o Estado”, uma representação de modelos de conhecimento e de Estado.⁵²

⁵⁰ NEVES, op. cit., p. 43. Exemplo do primeiro o jusnaturalismo clássico e do segundo a teoria do discurso (processual-consensual), da verdade e da justiça, a tópica na sua dimensão argumentativa e a teoria da racionalidade prática como argumentação e as teorias sistêmicas da prática.

⁵¹ CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 188.

⁵² KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7, 9-10.

Alterações nos paradigmas intelectuais ocorrem, no mais das vezes, ao lado de transformações políticas e sociais, acompanhando movimentos e revoluções populares, conflitos de poder e interesse.⁵³ Esse aspecto é, inclusive, inegável quando se trata de processo coletivo, pois nasce, justamente, para atender necessidades históricas de uma sociedade em constante mudança e massificação e a uma realidade sócio-econômica diversa daquela que informou as codificações liberais, que alterou a face dos conflitos e demandou, obviamente, alterações na tutela jurisdicional para a proteção dos direitos então surgidos.

Esses, os direitos coletivos, surgiram com uma finalidade eminentemente processual. Foi para garantir tutela a uma gama de situações jurídicas que, apesar de tuteladas pelo direito, não eram passíveis de ajuizamento nos tribunais, de garantia processual e de juízo, que esses direitos surgiram e se configuraram no novo ramo do processo coletivo. O Título III do CDC, que trata exatamente da tutela do consumidor em juízo, ao conceituar os direitos coletivos *lato sensu* efetuou a certificação de sua natureza híbrida, direitos no meio do caminho entre o direito material e o direito processual.⁵⁴

Referida condição não é própria tão somente da história dos processos coletivos brasileiros. No estudo da origem das *class actions*, os chamados *group litigations*, Stephen Yeazell aponta o papel do direito como “*artefato social*”, a função da corte como de controle econômico e social e o surgimento dessas formas de litígio em razão da imposição e pressão de grupos sociais e de uma economia de massa.⁵⁵

⁵³ CAENEGEM. op. cit., p. 195-196. Diz o autor: “inovação é geralmente o resultado da pressão coletiva de interesses ou de idéias e dos esforços dos grupos sociais em busca da emancipação do poder”, p. 191. E, mais a frente, completa “A crítica histórica mostra que, na maior parte das vezes, a evolução do direito não tem sido uma questão de qualidade, mas, ao invés, o resultado de uma luta pelo poder entre interesses particulares. (...) O direito é uma estrutura social mutável, imposta à sociedade; é afetada por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é, em ampla escala, um instrumento assim como um produto dos que detêm o poder”, Idem, p. 204. A respeito dessa relação, também SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005; SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. *Procesos, ideologia, sociedad*, trad. Santiago Sentís Melendo, Tomaz A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2006; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 85.

⁵⁵ YEAZELL, Stephen. Group litigation and social context: toward a history of the class action. *Columbia Law Review*, New York, v. 77, p. 866-896, 1977. (HeinOnline -- 77 Colum. L. Rev. 866 1977), p. 867-896 passim. Em outra oportunidade também diz o autor: “For in a fundamental sense, group litigation has never been a procedural device comparable, for example, to the rules of pleading or discovery, which regulate the conduct of lawsuits of every conceivable variety. (...) The truly wretched have rarely commended themselves to the special solicitude of the courts. The truly powerful do not need the special assistance of the courts. It is, rather, those on the outskirts of social respectability who have claimed judicial attention through group litigation. In the seventeenth century it was manorial tenants, in the eighteenth and early nineteenth joint stock entrepreneurs and

E nesse sentido, mais uma vez, é preciso ressaltar o dito acima: a importância da “escolha”. Seja para o direito como legislação, como prática, como ciência, parte-se sempre de uma decisão ou de uma escolha, que é determinante para o resultado a ser encontrado. Decisão essa que não é científica⁵⁶ e que será determinada por aqueles fatores sócio-culturais em que inserido o operador ou cientista do Direito. Desse modo, importa identificar quais foram esses fatores externos que determinaram as diversas escolhas no contexto da disciplina probatória ao longo da história.

É lugar-comum no ensino do Direito Processual identificar o direito brasileiro como pertencente ao sistema de *Civil Law*, em contraposição aos sistemas de *Common Law*, como em René David.⁵⁷ Essa identificação, entretanto, não é suficiente a revelar todos os aspectos e pormenores de um ordenamento e, por isso, hoje se tem utilizado com melhor propriedade a denominação de John Merryman, ao denominar tradições, gênero muito mais abrangente em relação aos sistemas.⁵⁸ Colocar em perspectiva essas duas tradições é fundamental ao estudo do direito probatório, especialmente em se tratando de processos coletivos.

Na verdade, apesar da contraposição didática – de grande utilidade- muitas das características do processo romano clássico⁵⁹ estão presentes nos ordenamentos do *Common Law*. Toma-se

members of friendly societies; in the twentieth it has been members of organized racial minorities and consumers”. YEAZELL, Stephen. From medieval group litigation to the modern class action. Part I: the industrialization of group litigation. *University of California Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 27, p. 514-564, 1980. (HeinOnline -- 27 UCLA L. Rev. 514 1979-1980), p. 563.

⁵⁶ ARENDT. *A vida do espírito*, p. 43.

⁵⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁸ Segundo ele o que se denomina sistemas ou famílias são apenas espécies dentro de um gênero mais abrangente que é a tradição, como o conjunto de elementos comuns de ordenamentos jurídicos de países diversos – ou, aí sim, de sistemas – elementos esses que podem ser de origem, de cultura, de fontes, de princípios. Diz o autor: “se usa el término de “tradición legal”, no el de sistema legal”. Se quiere distinguir así entre dos ideas muy diferentes. Un sistema legal, tal como se usa aquí ese término, es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales. (...) Los sistemas legales nacionales se clasifican con frecuencia en grupos o familias. (...) Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esta tradición. Es más bien in conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural”. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 15-17 passim. Mario Bretone fala, ainda, em uma “tradição civilista” salientando que “a tradição jurídica constitui (poderia dizer-se) a “tela”, em que se recompõem de vez em quando os institutos e as normas”. BRETONE. *História do direito romano*, p. 135.

⁵⁹ Sobre o período clássico do direito romano, refere-se este trabalho ao período anterior ao Império, em que o processo não era mais do que a “emanação do Direito Civil”, em um enfoque eminentemente privatístico que só seria abandonado em um futuro distante. O Direito Romano é, sem dúvida, em seus primeiros séculos, um direito construído muito mais sobre a tradição e a repetição de práticas e costumes ditos tradicionais do que, propriamente, uma construção a partir da lei. Mesmo quando se toma por base as primeiras manifestações

como exemplo a divisão do processo em fases, a presença da oralidade e a figura de um julgador popular, representado no *Common Law* pela instituição do júri.⁶⁰ Ao contrário do que se faz lição corrente hoje, o Direito Romano dessa época é verdadeiramente criativo e a atividade jurídica assemelha-se muito mais a um direito jurisprudencial, a exemplo da tradição dos países do *Common Law*, do que um direito de fontes legislativas. Isso se deve muito a certa “desconfiança em relação à lei”.⁶¹

Mas, quais foram, então, as mudanças que, de modo significativo, fizeram surgir diferenças suficientes a ensejar classificações que separassem essas duas tradições? E quais são os fatores que determinaram essas diferenças?

A apropriação do processo pelo Estado tem suas primeiras ocorrências com o período das codificações romanas, oficialmente iniciada por Teodósio II.⁶² Mas a principal alteração, ou apropriação do processo pelo Estado dar-se-á com Justiniano e seu Império, ao acabar com a criatividade antes citada, a partir das tentativas daquele imperador de reunião de textos legais e proibição da interpretação e da atividade dos jurisconsultos sobre tais textos.⁶³

Nesse caminho começou a se delinear o Direito Processual sustentado em bases legalistas o qual pode ser relacionado a uma forma própria de organização política, social e econômica; o processo desenvolvido dentro do modelo hierárquico de governo, conforme a definição proposta por Mirjan Damaska. Definição essa criada a partir da teoria de Max Weber, que

legislativas romanas, estas eram muito mais reproduções de costumes do que um conjunto do direito em vigor. Conforme aponta Mario Bretone, enquanto “o direito moderno pode ser reconduzido a uma “teoria instrumentalista”, o direito pré-moderno ou não moderno tem o seu princípio de legitimidade na tradição.” É somente a partir do Império que se opera a verdadeira transição da tradição para a lei, aplicável em toda parte – ou seja, a transição de um direito fundado na forma, no processo, a um direito fundado na lei. As citações dessa passagem são encontradas em BREONE. *História do direito romano*, p. 59, 90-92.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición “civil law” – “common law”, In *Proceso, ideologías, sociedad*, pp. 315-361, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 321.

⁶¹ BREONE. *História do direito romano*, p. 133. Ora, em uma sociedade em que a escrita e a leitura ainda eram atividades distantes da maioria dos cidadãos, a *forma* era uma forma – com o perdão da redundância – de imprimir tradição à experiência jurídica e a ela era dada muito mais credibilidade do que à lei, do que à escrita. Hermes Zaneti Jr. trata também desse aspecto do Direito Romano, ao dizer que, apesar das decisões não possuírem a mesma eficácia vinculativa existente nos países do direito consuetudinário, “a lógica de aplicação do direito é muito similar, já que não se parte de uma premissa posta no sistema como direito subjetivo, mas sim da possibilidade de acionar em juízo para o reconhecimento do direito”. ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 327.

⁶² BREONE. *História do direito romano*, p. 273.

⁶³ Nas palavras de Merryman, Justiniano teria sido “um codificador”. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 26. A esse respeito, conferir ainda, CRUZ E TUCCI, José Rogério. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil romano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 136. CAENEGEM, *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 18-19, GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. *História do direito português – fontes de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 211. BREONE. *História do direito romano*, p. 133. O texto de Justiniano, o *Corpus iuris civilis*, constituiria mais tarde a *ratio scripta* no direito medieval. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. – trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 48-49.

desenvolveu “*tipos ideais*” de autoridade, sugerindo que a forma como o poder é exercido pode determinar e explicar as diferenças no exercício da jurisdição entre os diferentes ordenamentos ou sistemas jurídicos. Dois modelos ideais são, então, identificados por Mirjan Damaska: um modelo hierárquico e um coordenado.⁶⁴

Importa falar de pronto do processo desenvolvido em uma estrutura hierárquica, próximo da herança recebida pelo direito brasileiro, afinal, é este o modelo observado pelos países de tradição romano-germânica. Vale ressaltar, entretanto, que ainda que assim seja identificado o processo brasileiro, a herança aqui recebida diverge um pouco daqueles. Isso porque Portugal manteve a prática do direito culto, da influência dos juristas – o “bartolismo” – por período histórico superior que o restante da Europa. Como consequência permitiu-se uma unidade do direito no país, um centralismo jurídico, a influenciar o direito brasileiro até o início do séc. XX, quando, com o Código de 1916 houve a real independência jurídica brasileira.⁶⁵

Por isso possível dizer que o Direito Processual brasileiro afasta-se, em certo ponto em sua prática, do paradigma legalista: ainda que em termos de tradição essa seja o Direito Romano-Germânico, sua prática é criativa e a jurisprudência funciona como fonte do direito.⁶⁶

Feita essa observação acerca do direito brasileiro, retoma-se o ponto sobre o modelo hierárquico. Após a primeira apropriação do processo pelo Estado, com Justiniano, essa estrutura começa a tomar corpo com a burocratização observada no fim do século XI, com a tendência de hierarquização e organização da Igreja Católica Romana.⁶⁷

Mas é certamente com a reforma da justiça, presidida por Louis XIV que o paradigma legalista⁶⁸, próprio do modelo hierárquico de administração da justiça, tem seu marco mais importante, um acontecimento que, na análise de Nicola Picardi “se tornará traumático para a

⁶⁴ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 9.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 238. ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 240

⁶⁶ “As tradições racionalistas que propugnam a lei como fonte primária do direito não são consentâneas com a história e a prática processual e jurídica do direito brasileiro. A jurisprudência já desempenhou papel fundamental como fonte do direito no período clássico do direito romano e ainda desempenha nos países do *common law*. A aplicação prática do direito no Brasil sempre foi flexível à realidade do caso concreto e influenciável pela doutrina (bartolismo), mas não só, cada vez mais pela jurisprudência mesma, que começa em passo acelerado a fazer parte do cotidiano dos juristas”. ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 245.

⁶⁷ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 29. É também dessas raízes históricas a idéia de que o ofício não pode se confundir com a pessoa que o exerce - *Officium judicis*- e de que o conhecimento privado não deve interferir na decisão. “The prevailing opinion was that private and official knowledge should not mix, and that decision making was to be based only on officially acquired information”. Idem, p. 30.

⁶⁸ Cf. HESPANHA. *Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma*.

história do processo continental, na medida em que progressivamente tomará corpo o sutil projeto do soberano de apropriar-se do *ordo iudiciarius*”.⁶⁹

O legalismo de base lógica, construído a partir do *Code Louis*, retira da atividade judicial todo seu caráter interpretativo, submetendo o juiz ao rei. Ressuscita-se a tese justiniana da proibição da *interpretatio* cabendo essa tão somente ao imperador, ao príncipe.⁷⁰

Nesse contexto, as atividades de criação e aplicação de normas passam a ser entendidas como coisas distintas e totalmente separadas, ao lado de serem operações destituídas de valores ou de influência de aspectos externos. Tudo isso em razão da crença na aplicação do direito como mera subsunção, com o estrangulamento da função criadora e criativa do juiz, sendo esse tão somente a “boca da lei” e, mais ainda, em função da necessidade de assegurar a concentração de todo poder no Estado, o monopólio do poder ao príncipe, do qual não poderia escapar a atividade jurisdicional.

A tentativa do paradigma referido é a de impor “*um modelo de legislação sem jurisdição*”, em oposição ao modelo do Direito Comum, próximo a uma “*jurisdição sem legislação*”.⁷¹ Nesse entender, a atividade governamental se torna burocrática e destituída de qualquer caráter pessoal do julgador: o operador do Direito se profissionaliza e sua função se burocratiza. Dentro desse contexto difunde-se a máxima “*quod non est in actis non est in mundo*”, o que não está nos autos, não está no mundo, idéia própria de uma organização hierárquica e burocrática.⁷²

O processo, desenvolvido dentro do modelo hierárquico de governo, repete em suas regras a ideologia de organização, burocratização e hierarquia próprias do âmbito político-social em

⁶⁹ PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70. PICARDI, Nicola, Il giudice e la legge nel Code Louis, *Rivista di diritto processuale*, anno 50, n.1, p. 33-48, 1995.

⁷⁰ PICARDI. Il giudice e la legge nel Code Louis, p. 44. “Con tale disposizione Il Code Louis, da um lato, tenta di risuscitare il divieto giustiniano di interpretatio, in quanto riservata all’imperatore: ‘tam conditor quam interpret legum solus imperator’. Dal’altro, precorre le ideologie iluministiche e l’esperimento del referé legislatif della rivoluzione”. Com isso, cria-se a idéia de que todo o conhecimento jurídico deve estar na lei, que passa a ser compreendida “como um sistema fechado e independente, uma ciência”. Do original: “as a self-contained, or closed system – a “science”. DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 31.

⁷¹ No original: “un modello di legislazione senza giurisdizione” che rappresenta la rottura con il modello del diritto comune, sollecitato dall’oposta tentazione di una *giurisdizione senza legislazione*. Eravamo già alle matrici della concezione del giudice *bouche... de la loi* e della interpretazione meccanica della legge.” PICARDI, . Il giudice e la legge nel Code Louis, p. 48. “A sujeição do juiz à lei era, efetivamente, lida no quadro de uma ideologia que reconhecia ao rei a soberania absoluta, não limitada nas suas prerrogativas, por nenhum órgão constitucional. O direito era reduzido à lei, e a lei à vontade do soberano”. PICARDI. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*, p. 82-83.

⁷² DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 33. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 109.

que inseridos os ordenamentos. Mirjan Damaska identifica como tais os ordenamentos continentais europeus. Contudo, é possível dizer que o processo civil brasileiro, em suas formas tradicionais, é também próprio desse modelo hierárquico organizado – haja vista, em especial, as disposições constitucionais e legais acerca da magistratura e seu exercício.⁷³

No modelo referido, o processo se desenvolve como uma sucessão de fases, etapas ou atos, sempre praticados por agentes oficiais. A produção de algum dos atos processuais por “outsiders” não é admitida⁷⁴. Obviamente, isso tem reflexos significativos sobre a disciplina probatória. A proibição, ou a apenas excepcional permissão da prática de atos próprios do processo por agentes não oficiais, limita a colheita de provas.

No modelo oposto - o modelo coordenado - próximo da tradição anglo-saxônica, o juiz tem, a princípio, um papel distante na produção probatória, boa parte realizada mesmo fora do processo: “os litigantes resolvem livremente “quando e como” produzir as provas. É o instituto do *discovery* em que as provas são colhidas e preparadas em fase anterior àquela que se desenvolverá diante do juiz.”⁷⁵

Ademais, na tradição do *Common Law*, em razão de ser a audiência concentrada e una, em oposição ao procedimento escalonado do processo hierárquico, faz-se necessária essa preparação prévia, como garantia contra a surpresa em juízo.⁷⁶

⁷³ A esse respeito, os artigos 92 e 93 da Constituição Federal, bem como a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (LOMAN) e o título IV do CPC.

⁷⁴ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 56.

⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 118, pp. 75-88, nov/dez, 2004, p. 82. Sobre esse procedimento, diz o autor: “a) Divisão nítida do procedimento em duas fases: a sessão de julgamento – *trial* – e a fase preparatória – *pre-trial*; b) atuação judicial limitada ao *trial*, sem prévio controle da atividade processual e até sem prévio conhecimento da causa por parte do juiz; c) predomínio das provas orais e concentração da respectiva produção; d) atribuição do controle do andamento do pleito e da coleta de provas aos próprios litigantes, ou mais exatamente a seus advogados (expressão-chave: passividade do juiz); e) por conseguinte, escassa (ou nenhuma) preocupação com a coincidência entre os fatos tais como apresentados pelas partes ao órgão judicial e os fatos tais como se passaram. (...) A preferência pela oralidade e a feição concentrada da instrução probatória seriam condizentes com o tipo de pessoas a quem se confiava a decisão sobre os fatos – iletradas, dificilmente habilitadas para examinar e compreender documentos. (...) Esse método de trabalho explicaria também a ausência de qualquer controle judicial anterior ao julgamento e a inibição do juiz na instrução probatória, considerada que era qualquer intervenção do magistrado em tal domínio como ofensiva à soberania do júri”. *Idem*, p. 75-76. A idéia acima é sem dúvida pertinente quanto à divisão aos procedimentos, mas as críticas e comentários apostos talvez não subsistam a uma análise mais aprofundada da prática daquele modelo. Conferir confiabilidade à prova oral não se justifica tão somente ao fato de serem os julgadores não profissionais, mas também, como se percebe em Damaska, uma preferência própria de uma forma de administração da justiça que se relaciona com aspectos políticos, governamentais e sociais – o modelo coordenado. DAMASKA. *The faces of justice and state authority*. Tal postura distante muda no contexto das *class actions*, nos chamados processos de *Public Law litigation*, como a seguir será demonstrado.

⁷⁶ GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil* – un modelo para países de derecho civil. trad. Lucio Cabrera Acevedo. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 7. DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 65-66.

A possibilidade dessa colheita de provas fora do processo, por agentes não oficiais – nesse caso, pelas partes e seus advogados – é resultado da característica da composição do modelo coordenado por fusão de funções e uma dispersão de poderes, tudo isso devido às características de ausência de profissionalização dos seus operadores – que são amadores e ocupam o cargo por tempo limitado – e pela distribuição horizontal e não hierárquica da autoridade.⁷⁷

Mas assim não ocorre no modelo hierárquico, próprio dos países de *Civil Law*. A existência e exigência de agentes oficiais e profissionais colocam o juiz em um papel substancial na atividade probatória e a colheita de provas (*discovery*) é limitada, não havendo significativas disposições alternativas à produção dentro do processo e sendo negada a possibilidade, comum no modelo coordenado – como já referido – da realização de atos preparatórios de provas por advogados, em fase anterior ao processo.⁷⁸

Razão pode ser dada a Antonio Gidi quando diz que a prática do direito processual brasileiro é “muito pobre com relação às provas”. A crítica se estende a vários aspectos do regime legal da prova no ordenamento nacional. De se ver, por exemplo, além da já citada limitação de procedimentos probatórios alternativos e extrajudiciais, que a própria forma de produção dessa prova é limitada. O exame de provas e testemunhas não é realizado de modo direto, a exemplo do *direct and cross examination* do direito comum anglo-saxão.⁷⁹

⁷⁷ DAMASKA. op. cit., p. 17-27. Também a esse respeito ver GOODRICH, Peter, Rethoric as jurisprudence: an introduction to the politics of legal language. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, n. 01 (HeinOnline, n. 04, Oxford J Legal Stud. 88, 1984), p. 99. “The republican spirit of rhetoric is probably best captured in the image of an immediate community of speech, within which power, and power over meaning, were dispersed rather than hierarchical, changing and essentially fluid rather than static and determinate. (...) Rhetoric, as the study of contingency, was implicitly (and frequently explicit) opposed to any elaboration of knowledge which was dependent upon the use of absolutized categories of reason or necessity”.

⁷⁸ GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, p 10. A esse respeito também DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 4-54. “action performed in their absence (officials) are not part of the hierarchical process. One example is depositions taken from witnesses by lawyers, even if in the presence of a court reporter”. Idem, p. 54. No direito processual brasileiro observa-se a existência do Inquérito Civil, mas a eficácia e validade da prova ali colhida é matéria certamente controvertida, em virtude, seguramente, desses aspectos aqui ressaltados. Acerca do inquérito civil, conferir infra Capítulo 2, item 2.2.5

⁷⁹ “No existen o son casi nulas las oportunidades para que los abogados de las partes examinen directamente a los testigos y aun menos para que puedan repreguntar directamente (*cross examination*)”. GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en*, p 10. A esse respeito, os artigos Art. 413 e art. 416 do Código de Processo Civil, que coloca em foco o sistema presidencial de inquirição de testemunhas, responsabilidade do juiz e com atividade supletiva das partes. A mudança é percebida no processo penal, com a reforma da Lei 11690/2008, que alterou o art. 212, que agora dispõe: Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. Alteração essa que, espera-se, seja abraçada nos processos civis, através de aplicação analógica.

Ademais, a prova testemunhal tem pouco valor e a parte nem sempre é chamada a depor – tal depoimento raramente é tomado como meio de prova, utilizado como último recurso, quando a prova não é suficiente e, quando o faz, suas declarações são pouco valoradas.

Diferente também é a posição e função do perito dentro da estrutura do processo civil brasileiro. Enquanto no processo de *Common Law* a figura do *expert witness* – em que o especialista funciona não só como perito, mas também como testemunha, esclarecendo e fornecendo opiniões que servirão de prova – é permitida, aqui o tratamento é outro: “*Experts*”, no modelo hierárquico são tidos por assistentes judiciais, escolhidos pelo juiz.⁸⁰

No ideal coordenado de administração da justiça, marcado por “uma discricionariedade considerável de suas decisões” (do juiz), o sistema é extremamente prático e focado nos fatos. Os juízes implementam políticas públicas e suas decisões criam precedentes de caráter substancial – regulando as relações sociais. Aproxima-se, então de uma forma de procedimento, identificada por Mirjan Damaska como aquela de implementação de políticas públicas, enquanto o modelo brasileiro de processo civil, de modo geral, ainda responde muito mais ao procedimento de resolução de conflitos, em que o Poder Judiciário tem papel sócio-político restrito e limitado.⁸¹

⁸⁰ “Experts” are treated as judicial assistants, and it seems normal that they be appointed by the judge, preferably from among persons accustomed to bureaucratic court routine – hence, Continental “permanent” or professional court experts”. DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 54. Ora, para tanto, basta observar o tratamento dado ao perito no Código de Processo Civil, em que, o Art. 145 diz ser o *juiz assistido por perito*, trazendo ainda os demais regramentos dessa função. Não se diz sobre a possibilidade de um *expert* funcionar como testemunha e, ainda que tal não seja proibido, uma vez que o regime da prova admite todos os meios legítimos, a prática mostra que a utilização do conhecimento técnico restringe-se tão somente a figura do perito judicial. Acerca do chamado *expert witness* cf. COOPER, David; TOMLIN, Jonathan T. Expert testimony, technical advisors, and the determination of damages. disponível em <http://ssrn.com/>, acesso em 26 mai. 2007. POULIN, Anne Bowen. Credibility: a fair subject for expert testimony?, disponível em <http://ssrn.com/>, acesso em 26 mai. 2007. GROOS, Samuel R.; MNOOKIN, Jennifer L. Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy, disponível em <http://ssrn.com/>, acesso em 26 mai. 2007. DONDI, Angelo. Paradigmi processuali ed « expert witness testimony » nel diritto statunitense. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 261-285. TARUFFO, Michel, Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 219-249. BUCHILI, Beatriz da Consolacao Mateus. Meios e fontes de prova no processo e conhecimento: prova, testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-68. Essa pode ser entendida, no entanto, como uma das funções do *amicus curiae*, posição defendida por Hermes Zaneti Junior no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

⁸¹ No original “una discreción considerable de su decisiones”. GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, p. 7 e 11. Claro que críticas são feitas também ao modelo do *Common Law* de administração de justiça. E na feitura de tais críticas é importante ter a mesma perspectiva que Antonio Gidi ressalta, ao tratar dos críticos dos processos coletivos em sistemas de *Civil Law*. A partir da obra de Mirjan Damaska, o autor lembra que os críticos que atacam as ações coletivas, considerando-as ruins por fatores como a implementação de políticas públicas pelo Judiciário (*regulation through litigation*) a ela atribuem defeitos que advêm, na verdade, da própria ideologia, história, cultura e estrutura do processo e do Poder Judiciário norte-americano. Idem, p. 6. A observação assim feita acaba por tomar institutos processuais destacados das realidades em que inseridas, o que aqui já restou demonstrado não ser cabível em matéria de

Mas é justo nesse aspecto que o processo civil coletivo mostra um caráter reformador e transformador dos paradigmas do processo civil. As necessidades coletivas fizeram do processo civil, *processo civil de interesse público* e, assim, o tratamento processual coletivo tem por objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos na lei e na Constituição. A aplicação da lei, nesses processos, é a implementação das opções já consagradas entre vários interesses convergentes, uma vez que a prestação jurisdicional não se restringe à solução da situação levada a juízo, e a decisão tem influência na implantação de políticas públicas.⁸²

Essa mudança é um reflexo do chamado ativismo judicial, uma nova visão da atividade do juiz. A alteração de perspectiva da função deste vem do modelo norte-americano das *class actions*, em que, tradicionalmente, a atividade probatória é concedida exclusivamente às partes. Com o reconhecimento da existência de processos de interesse público, a face da função do juiz demandou alterações. Tem-se, então, uma importante e certamente necessária revalorização da função criativa do juiz e sua maior participação nos processos coletivos, especialmente no que tange à instrução processual.⁸³

Assim, hoje é possível observar uma tendência nos modelos desenhados por Mirjan Damaska e nas tradições de John Merryman: os países do *Common Law* e os países de tradição romano-germânica observam uma aproximação mútua, com a adoção recíproca de conceitos de uns pelos outros. Muito das modificações feitas ao sistema processual brasileiro, por exemplo, deve-se a uma inspiração em institutos do *Common Law*, em especial, daqueles trazidos do sistema norte-americano. A menor formalidade no trato de ações de baixo valor, o menor apego a regras individualistas de legitimidade ativa e limites subjetivos da coisa julgada inspiraram e inspiram as reformas processuais que aqui têm lugar.

Claro é que “as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais”⁸⁴. Mas, ao se abandonar um pouco a visão estreita da segurança jurídica, herança do Direito Romano, do paradigma legalista, da lei como primado da segurança, volta-se o foco um pouco mais para a efetividade do processo, como “um processo

direito, em especial em matéria de direito processual. Inclusive, em alegoria bastante interessante, diz Damaska, “*To consider forms of justice in monadic isolation from their social and economic context is – for many purposes – like playing Hamlet, without the Prince*”. DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 7.

⁸² SALLES, Carlos Alberto de, *Processo civil de interesse público*, in SALLES, Carlos Alberto de (org.) *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

⁸³ O tema do ativismo judicial será tratado a frente - infra item 2.1.1. Vale citar, desde já, que a base para a construção desse pensamento pode ser encontrada em CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. In *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, may 1976, p. 1284 e 1289.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988, p. 161.

justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos”⁸⁵. É claro também é que essa aproximação não pode significar uma cópia de modelos estrangeiros. É preciso fazer um “transplante responsável”⁸⁶ e nunca presumir que “dispositivos processuais formalmente similares representarão papéis similares em circunstâncias sociais diferentes”.⁸⁷ Com essa idéia em mente, cabe analisar como as diferentes realidades das tradições jurídicas influenciaram os sistemas probatórios e a concepção de verdade.

1.1.2 Sistemas de Prova – as Formas de Avaliação da Prova e os Conceitos de Verdade

Quando feito o estudo das tradições do Direito como acima explanado, é comum notar outra contraposição, relativa ao sistema de prova nelas aplicado. Fala-se em um *adversary system* em oposição a um *inquisitorial system*. Enquanto no primeiro – da tradição do *Common Law* – haveria a concepção do processo como uma disputa, controlada pelas partes, na presença de um juiz passivo, o segundo, corresponderia a uma estrutura de procedimento oficial, presidida e por muitas vezes controlada e impulsionada pelo juiz – própria do Direito Romano-Canônico.⁸⁸

A realidade do direito probatório brasileiro, entretanto, não se pode resumir nessa contraposição. De modo geral, o direito probatório nos períodos primitivos do Direito Romano (*legis actiones*) é cercado de formalismos simbólicos e religiosos, convivendo o caráter formal do procedimento com recursos a poderes mágicos e decisões irracionais. Já em seu período clássico (período formulário), não havia regra limitadora da valoração da prova, tendo liberdade tanto o juiz para julgar conforme a consciência, quanto a parte para trazer todos os meios de prova.⁸⁹

Apenas com o Império e a apropriação do Direito pelo príncipe – *cognitio extraordinem* – a atividade probatória deixa de ser coisa das partes e passa a ser regida por regras que colocam sua introdução no processo como responsabilidade do tribunal. Nesse período se observam os primeiros limites à valoração da prova, a delineação de o que seria mais tarde a atribuição de

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 13.

⁸⁶ GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, nota do autor, XXIX.

⁸⁷ Do original “formally similar procedural devices play similar roles in different social circumstances”. YEAZELL. Group litigation and social context: toward a history of the class action, p. 896.

⁸⁸ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 3.

⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 23.

ônus à produção da prova⁹⁰ e a atribuição de efeitos próprios aos diferentes meios de prova, em um esboço do que seria séculos mais tarde a prova legal.⁹¹

O chamado *sistema* ou *processo inquisitório* tem suas raízes no Direito Romano Imperial, quando se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se, na Idade Média, na Europa Continental, a partir do Concílio de Latrão de 1215, diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu diante da influência do Direito Penal da Igreja. Em 1306 com a *Clementina Saepe* permitiu-se ao juiz investigar a verdade material de ofício.⁹²

Mas antes da observância do processo inquisitório, a prática judiciária e sua instrução desenvolviam-se por duelos, jogos e manifestações místicas.⁹³ No Direito Medieval europeu, bárbaro-germânico – a primeira fase, então, do Direito Medieval –⁹⁴ por influência dos elementos bárbaros e do Cristianismo que o compunham, a prova era representada pelas ordálias, consideradas o julgamento de Deus e pelos duelos judiciários. Não se tratava de uma busca da verdade no sentido de reconstrução, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária: o indivíduo aceita a prova ou a ela renuncia.⁹⁵

Além desses jogos, a tradição medieval trazia também outro componente à prova: “a realidade dos fatos contestados devia ser atestada pelo juramento de uma das partes, acompanhada por um número variável de co-jurantes, cuja presença não deixava de impressionar o juiz”, ao mesmo tempo que, a partir do século XIII, a confissão do acusado passou a constituir prova de valor, relevância e confiança determinantes, de modo que, na esteira de um processo inquisitivo, buscava-se obtê-la por todos os meios, inclusive a tortura; tudo isso em um esboço de prova legal.⁹⁶

A prova das ordálias começou a ser abandonada aos poucos, à medida que o processo romano-barbárico é substituído pela construção do Direito Comum na Europa, cuja formação

⁹⁰ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, trad. Santiago Sentis Melendo. Colômbia: Temis, 2004, p. 16-17

⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 27.

⁹² PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 35-37. ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 38, TUCCI; AZEVEDO. *Lições de processo civil canônico* (história e direito vigente), p. 59-60. KEMMERICH. *O direito processual da Idade Média*, p. 109.

⁹³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 83. Dentre estas, a mais usada das ordálias, era o duelo. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983., p. 18 e 22.

⁹⁴ KEMMERICH. *O direito processual da Idade Média*, p. 108

⁹⁵ FOUCAULT. *A Verdade e as formas jurídicas*, p. 58-61. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. In *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 112, pp. 177-185, out/dez, 2003, p. 177. SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 18 e 22.

⁹⁶ PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 35-37. Também nesse ponto cf. KEMMERICH. *O direito processual da Idade Média*, p. 121. ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 17-18.

dar-se-á a partir do séc. XII. Esse declínio é também fruto da sua condenação pela Igreja, por Gregório IX.⁹⁷

Com isso ganha novamente força a prova testemunhal, tomada de modo secreto e até violento: é a construção do sistema inquisitório. Sua característica fundamental, em verdade, está na *gestão da prova*, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, recolhe-a secretamente. A esse sistema associa-se a idéia da ampla busca da verdade judicial sobre os fatos.⁹⁸

Falou-se em Direito Comum e sobre ele vale explicar. Tratava-se, basicamente, da edificação de um direito de bases romano-canônicas, o que se convencionou denominar de Direito Comum. Esse fenômeno teve sua origem com a criação da Universidade de Bolonha e os estudos promovidos pelos glosadores e pós-glosadores a respeito do Direito Romano justiniano – esses estudos tinham por objeto o *Corpus iuris civilis*, conjunto de textos recolhidos por Justiniano no séc. VI.⁹⁹

O *ius commune* representou, de modo geral, o retrato da nova mentalidade européia no Direito. Ali, onde Estados se criavam e o feudalismo perdia força, um direito de feição centralizadora ganhou espaço. Acerca da prova e na esteira da relação entre a mentalidade de uma época e o direito, lembra Caenegem que durante

os séculos XII e XIII, o direito de prova sofreu uma transformação fundamental, passando de um sistema irracional e primitivo para um sistema racional avançado. (...) A questão, no entanto, foi inteiramente reformulada a partir de uma profunda alteração nas *mentalités* européias.¹⁰⁰

⁹⁷ SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p.23 e 32.

⁹⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad; Jordi. Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 41-42. O processo inquisitório criminal veio substituir as práticas judiciais duelísticas, vingativas e místicas e, fortemente influenciado pelo direito canônico, estabeleceu regras de concentração dos atos de gestão da prova unicamente em um única figura: o magistrado. A instrução deixará de ser uma disputa entre indivíduos para se tornar o inquérito, a *inquisitio*. FOUCAULT. *A Verdade e as formas jurídicas*, p. 68-69. “Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, poder ser definido em grande parte como o desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber. Enquanto o inquérito se desenvolve como forma geral de saber no interior do qual o Renascimento eclodirá, a prova tende a desaparecer. Dela só encontraremos os elementos, os restos, na forma da famosa tortura, mas já mesclada com a preocupação de obter uma confissão, prova de verificação. A prova [como jogo, disputa] tende a desaparecer na prática judiciária; ela desaparece também nos domínios do saber.” Idem, p.75.

⁹⁹ A respeito do direito comum ver CAENEGEM, R. C. van, *Uma introdução histórica ao direito privado*, tradução Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, CAMPOS, Adriana Pereira. Uma introdução à História do Direito Moderno. In CAMPOS, Adriana Pereira (org.) *Velhos temas, novas abordagens: historia e direito no Brasil*, Coleção Rumos da História, vol. 2, Vitória: PPGHIS, 2005, HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. 3. ed. Portugal: Fórum da História, 2003, GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. 4 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. – trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

¹⁰⁰ CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 196.

Em virtude da necessidade de afastar a aplicação das ordálias, duelos e práticas judiciais privadas vingativas, o Direito Medieval culto trouxe regras abstratas de valoração, ou o chamado sistema das provas legais ou prova tarifada. Havia valores atribuídos a cada espécie probatória, motivo pelo qual se falava em prova plena, semiplena, quarto de prova e indícios. Formou-se entre elas uma hierarquia, a qual estava adstrito o juiz e que determinava, portanto, a ausência de liberdade em sua decisão, vinculando-o a critérios apriorísticos e matemáticos, em um método numérico e legal.¹⁰¹

Essa nova forma de ver a prova é retrato da característica sincrética do Direito Comum – com elementos de Direito Romano, Canônico, Bárbaro, que se caracterizou pela imposição da forma escrita aos atos processuais e por um processo dividido em fases ou etapas.¹⁰² Tem por nota também a tomada secreta de provas, além, claro, dessa vinculação do juiz a regras abstratas e rígidas para sua valoração que refletem em verdade os preconceitos da época, uma concepção hierarquizada e anti-igualitária da sociedade,¹⁰³ “a estrutura clássica e hierárquica da sociedade feudal e comunal, e ainda um método de pensamento tipicamente escolástico, em clara oposição ao método empírico, indutivo, “científico” que caracterizará a época moderna”.¹⁰⁴

Com a Revolução Francesa, que se insurgia especialmente contra os procedimentos secretos, dá-se a supressão, mesmo que ainda parcial da prova legal, uma vez que pronunciava a publicidade do procedimento, o princípio da oralidade e o processo como coisa das partes.¹⁰⁵

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 40. Ainda: CAPPELLETTI. El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición “civil law” – “common law”, p. 334-337.

¹⁰² O fim dos ordálios e a introdução de um sistema de provas baseado em valores concedidos *a priori* a cada espécie probatória, deveu-se, precipuamente, à atuação do direito canônico. A esse respeito TUCCI; AZEVEDO. *Lições de processo civil canônico* (história e direito vigente), p. 162.

¹⁰³ CAPPELLETTI. A ideologia no processo civil, p. 17 a 33. Também sobre essa relação CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 28. “O continente optou por um sistema de “provas eruditas”: a admissibilidade de certos tipos de testemunhas (por exemplo, mulheres, parentes e servos) era regulamentada detalhadamente; e a cada elemento da prova (testemunhos diretos e circunstanciais, testemunhos acerca do réu, evidência factual, presunções, má reputação) era atribuído um valor numérico probatório. (...) O objetivo original, e sem dúvida louvável, desse sistema era salvaguardar as partes contra qualquer arbitrariedade por parte dos juízes. Ao discutir a admissibilidade das testemunhas e a credibilidade da prova, a jurisprudência certamente ajudava a convencer os magistrados do valor relativo das diferentes formas de prova”. Idem, p. 106-108.

¹⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 28.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 46. ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 44-46. Do ponto de vista legislativo, a primeira obra representativa dessas mudanças: código de Hanover de 1850, precursor da *Zivilprozessordnung* alemã de 1877. E a austríaca de 1895 (menos radical do que aquela de Hanover, com intenção de considerar inexistente qualquer ato não comunicado pelas partes ao juiz, oralmente). No Brasil, o Regulamento 737 ainda colocava amarras a valoração da prova pelo juiz e, mesmo com as codificações estaduais – a exemplo do Estado da Bahia – ainda havia preferência pelo processo escrito, desconhecendo a concentração dos atos, a oralidade e a identidade física do magistrado, que vieram a surgir tão só com o Código de 39.

Apesar da alteração de paradigma então produzida, hoje, ainda subsistem nos modelos jurídicos de *Civil Law* regras que representam os ideais da prova tarifada ou legal. Além disso, há uma indiscutível preferência pelo processo e prova escrita e mesmo os depoimentos orais são transcritos, substituindo a expressão oral pelo texto, pelo arquivo frio.¹⁰⁶

No Brasil, há uma série de regras que indicam essa tendência e limitam a admissibilidade de determinado meio de prova (arts. 401, 402, 145, 335 e 400, II, 333, 332) estabelecem presunções relativas (art. 319) ou determinam a eficácia de certos meios probatórios (arts. 224 e 1543 do Código Civil e arts. 364, 365 e 378 do Código de Processo Civil).¹⁰⁷

Mais grave ainda é que, além da existência de regras legais assim representativas, a própria mentalidade dos juízes, em razão de fatores de ordem cultural, também traz esses resquícios, e suas decisões reproduzem os entendimentos vinculantes e violadores do livre convencimento de que “a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer sempre sobre os demais tipos de prova.”¹⁰⁸

Porém a realidade do sistema de avaliação probatória hoje, dito *sistema da persuasão racional*, dentro do Estado Democrático Constitucional pressupõe que o convencimento do juiz é livre e, via de regra, não existirão tarifas às provas, estando a atividade decisória vinculada tão somente ao respeito às garantias constitucionais e princípios de conteúdo processual, a serem analisados no segundo capítulo deste trabalho.¹⁰⁹

Do mesmo modo como própria de cada sistema é dada forma de prova e de avaliação, esses trouxeram também um conceito próprio de verdade. Michelle Taruffo acentua que o conceito

¹⁰⁶ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 49, nota 3. “Legalistic attitudes mandated that the cogency of evidence not be left for the adjudicator freely to determine. (...) Contrary to what is often said, even today the Continental “free evaluation of evidence” is not really free: as befits the hierarchical process, trial judges are required to justify their findings of fact, and the cogency of their reasoning is scrutinized by appellate courts. Clearly, if there were no regularities to be observed in finding facts, appeals for “factual error” would be deprived of any basis”. Idem, p. 55.

¹⁰⁷ Alguns artigos que representam resquícios de prova legal: art. 302, 329, 334, IV IV, 343, 359, 364, 366, 368, 369, 373, 376, 378, 379, 401, 405. A esse respeito ver POZZA, Pedro Luiz. *Sistemas de apreciação da prova*. : KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*. Disponível na internet em (www.mundojuridico.adv.br), acesso em 27 abr. 2007.

¹⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*.

¹⁰⁹ A esse respeito, cf. KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, n. 353, p. 15-52; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; POZZA, Pedro Luiz. *Sistemas de apreciação da prova*. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*. Disponível na internet em (www.mundojuridico.adv.br), acesso em 27 abr. 2007.

de verdade dos fatos no processo é altamente problemático e produz relevantes complicações e incertezas no plano da definição do papel da prova no processo.¹¹⁰

O processo inquisitivo trouxe consigo o conceito de verdade real. Com a gestão da prova confiada exclusivamente ao magistrado, justificava-se a persecução da verdade, com a utilização de todos os meios possíveis. Aqui, nesse período, a verdade é ambiciosamente concebida como uma verdade objetiva ou absoluta.¹¹¹ Mas, abandonado o sistema inquisitivo e a prova legal, não é possível mais falar em conceitos como a verdade real, ou verdade material em oposição à verdade formal.

O conceito então formulado é equivocado e sua oposição à verdade formal inaplicável. Verdade e realidade não se confundem, nem se tocam. Uma é noção ideológica, como produção do intelecto do sujeito cognoscente; outra é materialidade, externa ao sujeito; são, então, produzidas – ou ocorridas – em meios essencialmente diferentes.¹¹²

Nem mesmo se sustenta uma verdade judicial completamente distinta e autônoma da verdade *tout court* e a admissão de que essa última somente seria possível de se encontrar nos processos penais, tudo isso baseado somente no fato de que a verdade formal (processual) é determinada pelo processo e por meio das provas. O que de fato ocorre é que a existência de limites e regras jurídicas de natureza própria da investigação levada a efeito no processo serve a excluir a possibilidade de obter verdades absolutas, mas essas também não se obtêm fora dele.¹¹³

Toda verdade é relativa, determinada pela própria condição humana, que é limitada em diversos aspectos. No processo essa relatividade é dada como maior aproximação possível de ser alcançada diante das provas dos autos, observada a disciplina legal e constitucional da

¹¹⁰ TARUFFO. *La prueba de los hechos*, p. 24.

¹¹¹ PRADO. *Sistema acusatório*, p. 78-88; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

¹¹² BATISTA, Francisco das Neves. *O Mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 09. Há ainda os que denominam-na *verdade material*, *substancial* ou *objetiva*. Mas tal solução em nada muda a existência de equívoco na terminologia. Matéria e substância são palavras cuja referência trata, senão sempre, mas constantemente, da concretude de um ser ou objeto. O uso da denominação *verdade objetiva*, por seu turno, traz uma contradição. Afinal, a verdade tem caráter subjetivo - a relação entre verdade e sujeito implica um conhecimento perspectivo, parcial, com a nota de subjetividade própria de cada indivíduo cognoscente. Denominá-la objetiva transmite a idéia de que ela possa existir como se emanada do objeto, fiel e exatamente a ele correspondente. E assim não ocorre: é, inadvertidamente, produção do intelecto do sujeito. Idem, p. 09 e 37.

¹¹³ TARUFFO. *La prueba de los hechos*, p. 24-25

prova e do processo, limitada por critérios justos, guiada pela pretensão de correção do processo – a justiça da decisão, observada a razão prática procedimental.¹¹⁴

Chegou-se, aqui, em um ponto crítico: o sistema hoje é o da persuasão racional, segundo o qual a prova será gerida e avaliada de forma livre, vinculada sua produção e avaliação a regras de procedimento e não a valores. A verdade é relativa e processual e sua busca tem limitação, pelo que será entendida, como será visto a seguir, como juízo de aproximação, de probabilidade e verossimilhança.

Entretanto, o que determina ter havido prova suficiente a criar esse juízo de aproximação e, na tensão entre a efetividade e segurança, estar atendida a justiça do caso? A solução estaria na disciplina dos modelos de constatação ou *standards* de controle do juízo de fato,¹¹⁵ cuja função é a de tornar mais objetiva a “análise do convencimento judicial à luz da razão prática, da lógica do discurso, da teoria da argumentação”.¹¹⁶ A partir deles, são estabelecidos graus de corroboração das proposições e, ao mesmo tempo, é determinado qual o nível (grau) suficiente para considerar provada a proposição dentro do processo.¹¹⁷

Por *modelos de controle do juízo de fato* (ou *standards, critérios etc.*) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os partícipes de uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex., a do Tribunal sobre a do Juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção.¹¹⁸

Seriam eles, em ordem decrescente de grau probabilístico: preponderância de provas, prova clara e convincente e prova além da dúvida razoável. Em tese, o primeiro aplicável aos processos civis e o último próprio do processo penal. O critério para essa distribuição pode

¹¹⁴ “Não podemos falar em duas verdades, uma processual, e uma extraprocessual. A verdade obtenível pelo homem é uma só, e relativiza-se à medida da própria imperfeição humana, e das circunstâncias do tempo e do lugar onde se dá a investigação sobre a verdade” AMARAL. Verdade, justiça e dignidade da legislação, p. 134. Também nesse sentido, ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 171.

¹¹⁵ A respeito do assunto, por todos conferir KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, ROSITO, Francisco, Prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 157, pp. 51-71, abr/jun, 2008, BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Standards* probatórios. KNIJNIK, Danilo (coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153-170.

¹¹⁶ ROSITO. Prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato, p. 57.

¹¹⁷ BELTRAN, Jordi Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 69.

¹¹⁸ KNIJNIK. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle., p. 21.

estar na espécie de processo,¹¹⁹ no direito material e nos efeitos suportados pela decisão e pelo risco de eventual erro nela contido.¹²⁰

Vale dizer que o estabelecimento dessas balizas não se trata de nova operação subsuntiva para o controle do juízo de fato.¹²¹ Ele é e deve ser flexível, afinal trata-se de livre convencimento e servem “*apenas, como mais um ponto de vista para analisar-se um mesmo problema, concepção que se ajusta a uma ‘visão problemática’ do direito*”.¹²²

Com isso em mente, é possível argumentar que, em processos coletivos, em função da natureza dos direitos em litígio e da disciplina da coisa julgada *secundum eventum litis* o modelo a ser aplicado não poderá ser aquele dos processos civis individuais. Para Danilo Knijnik, em especial nos processos de improbidade, o *standard* será o da prova clara e convincente.¹²³

¹¹⁹ BELTRAN, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 69.

¹²⁰ KNIJNIK. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, p. 37. “o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o grau de certeza necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração”. Idem, p. 44. Quanto aos efeitos a relação dá-se da seguinte forma: no primeiro, o da preponderância, “os litigantes suportam igualmente o risco de um julgamento equivocado. No critério da prova clara e convincente o (autor) suporta um risco maior. E no critério da dúvida razoável, a sociedade barra quase que totalmente o risco de um erro”. Idem, p. 45.

¹²¹ ROSITO. *Prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato*, p. 56.

¹²² “À luz desta pré-compreensão e pressupondo que a *liberdade outorgada ao juiz* não pode redundar no desrespeito às *regras do bem pensar*, exsurge, não apenas como necessário, mas como vantajoso, a invocação de tais critérios como *instrumento* que viabiliza uma discussão regrada, leal e honesta também a respeito da estrutura lógica da convicção judicial. Então, partindo da experiência do direito comparado, colhem-se os *critérios, standards ou modelos de constatação*, sempre alternativos e desprovidos de qualquer pretensão de exclusividade ou rigorismo, capazes de permitir, aos partícipes do debate judicial, não apenas a efetiva explicitação desse juízo, mas, sobretudo, a discussão a respeito de seu acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça. Tal procedimento visaria, em última análise, a evitar que passos importantes dessa delicada operação fiquem à margem do diálogo judiciário, o que seria equivalente a uma forma escamoteada de arbitrariedade ou a um dissimulado *monólogo*. Os diversos *standards* – tais quais a ‘*evidence beyond a reasonable doubt*’, a ‘*preponderance of evidence*’ e as ‘*special rules*’ (v.g., “*clear and convincig evidence*”); a “*mínima atividade probatória*”, as *dúvidas positivo-concretas* e *abstrato-negativas*, a “*doutrina do absurdo*” e da “*arbitrariedade*”, a “*congruência narrativa*”, o “*défaut de motifs*” e os *modelos matemático-probabilísticos* –, por serem tais, devem ser vistos, *apenas, como mais um ponto de vista para analisar-se um mesmo problema, concepção que se ajusta a uma ‘visão problemática’ do direito*. Por isso, eles não podem, nem devem, ter por missão substituir o processo de convicção enquanto tal: seria algo absolutamente indesejável. Eles são verdadeiros momentos argumentativos, ângulos ou enfoques de observação, devendo ser testados e utilizados sucessivamente, de tal modo que o observador (o juiz, as partes, o tribunal) possa ou seja, inclusive, obrigado a mudar seu ponto de vista e experimentar outra abordagem, consoante é da essência do pensamento problemático, que, haja vista, “*amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo aberto e ponderado*” KNIJNIK. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, p. 51

¹²³ Idem, p. 38. Contudo, a definição do modelo para os direitos coletivos *lato sensu*, se o da dúvida razoável ou da prova clara e convincente, não se faz tão simples. Em face da peculiaridade desses direitos, de conterem espécies variadas e da existência de situações fáticas abrangentes e, ainda, existente a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, a definição não poderá ser feita de modo uniforme. Em razão disso, este estudo não fará considerações conclusivas, assentando aqui, tão somente, a impossibilidade de simples aplicação da preponderância de prova.

Ao chegar a essas conclusões acerca da verdade e da sua relatividade e ao sistema da persuasão racional associado aos modelos de constatação ou controle do juízo de fato, importa analisar agora como foi compreendido ao longo dos anos o atuar probatório, determinado por circunstâncias histórico-culturais e por diferentes concepções dadas ao fato e à verdade buscada.

1.2. MODELOS DE PROVA

Alcança-se aqui ponto fundamental deste trabalho: a análise da teoria dos modelos de prova e de procedimento probatório desenvolvida por Alessandro Giuliani. Vale, contudo, antes de explicitar a citada teoria, realizar um pequeno retorno histórico.

Isso porque no Direito Grego começou a se delinear algo que, séculos depois no Direito Medieval e, novamente hoje, é observado: a dimensão problemática do processo. O fundamento institucional e a origem da ordem isonômica estão na democracia grega, em que isonomia é entendida como igualdade entre governante e governado, entre cidadão e seus juízes.¹²⁴

Também no Direito Romano, um perfil parecido pode ser observado, quando Mario Bretone, afirma que o “discurso dos juristas romanos tem, portanto, um desenvolvimento casuístico-problemático”. Ainda mais importante, as proposições desse discurso: “não se organizam, ou organizam-se apenas raramente, de maneira conceptualista-dedutiva; os dados agrupam-se e ordenam-se mais em sentido analítico-tópico”.¹²⁵

Contudo, esse mesmo Direito Romano trazia a solução tão conhecida do positivismo, então expressada “nos princípios *da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*, no sentido de que a parte deveria suscitar o fato jurídico do qual decorresse o seu direito e o órgão judicial aplicaria o direito a esse fato”, em um esboço da subsunção observada nos tempos modernos do ocidente no século XIV.¹²⁶

Mas antes desse processo subsuntivo ter lugar, o processo civil do período medieval, formado pela praxe dos tribunais e pela doutrina, é ditado pelo contraditório, exercido em bases extra-

¹²⁴ GIULIANI, Alessandro, L'ordo judicarius medioevale . *Rivista de Diritto Processuale*. Anno XLIII , n. 3, p. 589-613, apr/jug. 1988, p. 608.

¹²⁵ BREONE. *História do direito romano*, p. 220.

¹²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 164-165.

estatais. Ressalta-se que a jurisdição, nessa época, já tem caráter público, mas, “o primado do *ordo* [*ordo medieval*] está na sua extra-estatalidade, e enquanto seu princípio não depende da vontade do legislador, mas da retórica da ética”.¹²⁷

Durante esse período nem mesmo se falava em processo. O termo empregado no Direito Comum era *iudicium*, tendo sido o termo *processus* utilizado em primeiro lugar pelos canonistas, no século XIII. Mesmo quando usada a expressão, era tão somente em sentido pragmático, uma vez que, em verdade, somente por volta de 1600 na Alemanha é que passa a ser usada em sentido técnico.¹²⁸

Essa passagem, do *iudicium ao processus*, representa uma ruptura, a partir da apropriação do fenômeno processual pelo príncipe, entre duas diferentes concepções de processo: “ordem isonômica e ordem assimétrica, (...) base respectivamente do *ordo iudiciarius medieval* e do *processus*”.¹²⁹

É a mudança de um processo guiado e construído pela práxis e pela doutrina, em que o juiz poderia dispor sobre os modos e formas do processo – que era sim público, mas também dialético e argumentativo, em que o contraditório tinha papel fundamental como instrumento para a procura da verdade, uma vez que o processo era um modo de resolução de questões –; a um processo como monopólio estatal, em concepção, de modo inafastável, publicista e estatizada, em que não mais havia essa condição dialética, em que partes e juiz ficavam em posição isonômica; havendo uma ordem assimétrica, com um juiz burocrata, funcionário, organizador e controlador de um processo que é simples concatenação mecânica de atos, condicionado e direcionado à operação matemática final de decisão.¹³⁰

A oposição entre as duas concepções pode ser bem percebida na oposição entre o pensamento de dois autores – Scaccia e Althusio. O pensamento do primeiro é representativo do *iudicium*, informado pela dialética e tinha por critério a opinião e o consenso, fundando-se em uma lógica do provável, em uma verdade provável – pensamento esse que informa o modelo de prova argumentativo, como será visto a seguir.¹³¹

Em lado oposto, a obra jurídica de Althusius tinha finalidades científicas e, mediante aplicação do método ramista – cuja intenção é a de construir um “sistema coerente do

¹²⁷ GIULIANI. L'ordo iudiciarius medioevale, p. 610.

¹²⁸ PICARDI. Do juízo ao processo, p. 35-43.

¹²⁹ GIULIANI. op. cit., p. 600.

¹³⁰ PICARDI. Do juízo ao processo, 59-65.

¹³¹ Idem, p. 46. “O procedimento seguido por Scaccia parece aquele típico da definição dialética. Não tem nada de rigoroso e científico porque no campo do direito nos encontramos em face (...) de uma realidade em movimento, de coisas que podem mudar com a escolha humana”. Idem, p. 51.

direito”-, classifica noções científicas, formula definições, coloca conceitos em ordem.¹³² Tal construção é a “gênese da idéia moderna de processo”¹³³ que, baseado na lógica, deixa para trás a dialética aristotélica revivida nos tempos medievais e, aplica ao Direito o método da ciência e da matemática (o método de Petrus Ramus).

Althusis traz então alguns conceitos e construções que permanecem até hoje na mentalidade do Direito Processual. É da sua representação a dicotomia existente entre fato e direito, antes ausente no estudo e na práxis do direito. Referida idéia não só é fundamental à sua teoria como torna-se a base da ciência do Direito Processual e levou o direito moderno a separar-se do fato e a, tempos mais tarde, centrar-se no direito subjetivo,¹³⁴ noção essencial ao individualismo jurídico, mas perniciosa aos tempos contemporâneos de necessidades supra-individuais.

Ao afastar-se do fato, separando fato e direito, a aplicação jurídica da lógica ramista, alterna de um pensamento orientado pelo problema para esse modo de pensar sistemático. E se, antes, o que se tinha eram verdades prováveis, na esteira de um método científico e de lógica apodítica, busca-se a verdade absoluta.¹³⁵

Aqui importa dizer que essa apropriação do processo pelo soberano, essa passagem do *iudicium* ao *processus*, ao modificar o modo de pensamento aplicado ao Direito, altera o modo de pensamento aplicado à prova. Com a estatização do processo, com sua apropriação

¹³² VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico moderno*, trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 615-616. ALVARO DE OLIVEIRA. A garantia do contraditório, p. 229.

¹³³ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo, p. 47.

¹³⁴ VILLEY. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 630. “No recurso extraordinário, a influência mais visível dos juízos de cassação, está na questão da separação, devida ao racionalismo, entre o "direito" e o "fato", de tal modo que as cortes supremas, no caso nossos tribunais do recurso extraordinário, só tenham permissão para apreciar o "direito", sem envolverem-se com as "questões de fato". A cassação das sentenças proferidas "contra o direito em tese", que pressupõe a separação entre "questão de fato" e "questão de direito" (Calamandrei, *La casación civil*, versão espanhola, Buenos Aires, 1945, Tomo I, vol. 1, 53 e sgts.), tão presente em nossos recursos extraordinários, revela sua filiação ao Iluminismo, de resto comum ao writ of error. Aliás, o conceito de nulidade da sentença, proferida "contra ius constitutionis", sempre esteve ligado a uma política centralizadora e imperial, da mesma vertente que permitiu ao Imperador Justiniano proibir que suas leis fossem interpretadas (Calamandrei, ob. cit., p. 79). A suposta univocidade de sentido de que gozaria a norma jurídica é a condição que torna possível seu controle uniforme, independentemente das peculiaridades e circunstância do caso concreto. Aqui, na verdade, reside a dificuldade enfrentada por nossos recursos extraordinários. A dificuldade está em que nossa formação concebe os institutos, as regras e princípios do direito processual como proposições verdadeiras, dotadas da perenidade própria do caráter supostamente "científico" do direito processual. Parece-nos natural aplicar os padrões e critérios que foram válidos para a Europa do século XIX à nossa contemporaneidade. Este é um intrigante fenômeno da epistemologia jurídica. Apenas o direito processual seria científico, não o direito material, que se conserva, em nossa compreensão, como uma ciência da cultura e, como tal, sujeito aos influxos sociais, políticos e especialmente econômicos, por que passe a respectiva comunidade social que lhe caiba regular (sobre isto, nosso *Processo e ideologia*, 2ª edição, 2006, p. 90)”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, "Questão de fato" em recurso extraordinário, disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>, acesso em 20 set. 2008.

¹³⁵ PICARDI. Do juízo ao processo, p. 53.

pelo príncipe e mais tarde com a Revolução Iluminista e sua oposição crítica a todas as construções do Antigo Regime uma nova forma de pensar o Direito e, conseqüentemente, de pensar o fenômeno probatório é construída.

Essa nova perspectiva, acompanhando a tendência cientificista da época, dá à prova o caráter de demonstração, pressupondo-a como “instrumento da ciência” ¹³⁶ e considerando sua análise uma operação da mente do julgador, realizada na forma de cálculos e procedimentos numéricos e matemáticos. ¹³⁷

Mas “o direito adapta-se ao desenvolvimento intelectual” ¹³⁸ e de um período de pretensões lógico-materiais e da visão da prova como mera demonstração, o foco do processo passa a ser outro, com o olhar sobre os clássicos gregos e sobre a estrutura da prova contraditória no medievo, o que leva a uma tendência de retomada do pensamento tópico-retórico ou problemático e o abandono daquela rígida separação entre questões de fato e de direito. É isso que se verá nas linhas seguintes.

1.2.1 Da Concepção Clássica da Prova ao Conceito Moderno

As considerações acima referidas são de extrema importância ao delinear um panorama histórico geral do tratamento dado à prova ao longo dos séculos, num estudo que pretende encontrar um modelo brasileiro de prova e aplicá-lo a dogmática do processo coletivo. Duas concepções contrapostas podem ser percebidas: a idéia de prova como argumentação, concepção clássica da prova, própria do chamado *ordo judicarius* medieval e a prova como demonstração, própria do *processus* moderno.

Alessandro Giuliani identifica no Direito Grego a aplicação da retórica, do uso de uma lógica argumentativa e a influência, desde então, na formação do conceito clássico da prova ¹³⁹. Da mesma forma, como já apresentado acima, Mario Bretonne também identifica um caráter casuístico e problemático no Direito Romano.

Mas, é mesmo no *ordo judicarius* medieval que aquilo que se convencionou denominar concepção clássica da prova toma seus contornos. Na perspectiva própria daquele contexto

¹³⁶ MITIDIERO. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno, p. 88.

¹³⁷ GIULIANI. L'ordo judicarius medioevale, p. 600.

¹³⁸ CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p.195-196.

¹³⁹ GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 89-107.

histórico-cultural, com grande influência dos princípios da tópica de Cícero e da retórica grega, o processo é concebido como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, “exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário”.¹⁴⁰

No sentido apresentado pelo modelo clássico o fato não é um dado externo, nem absoluto, mas sim algo a ser reconstruído dentro do processo, e que não pode ser conhecido em sua totalidade, como qualquer coisa de externo ao trabalho de reconstrução, mas alcançado por meio de verdades prováveis, verdades relativas.¹⁴¹

Essa concepção, hoje reconhecida não só no Direito, mas na ciência de modo geral como referenciado no início desta pesquisa, põe em evidência o caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato: dominado como é pelo problema do erro, tenta limitar rigidamente o campo de indagação, “*renunciando ao conhecimento do fato em sua totalidade*”.¹⁴²

O processo, então, guia-se pelo pensamento problemático e, para tanto, o contraditório funciona como *cardine della ricerca*, o norte da pesquisa, ao oferecer a possibilidade de construção de um conhecimento que não é possível de ser alcançado ou obtido com a pesquisa individual da mente do julgador de forma autônoma, mas tão somente por meio do debate e da pesquisa, com a utilização de um atuar contraditório mediante uma razão prática procedimental.¹⁴³

Nesse andar, de extrema relevância se faz a argumentação expendida por cada uma das partes envolvidas no *iudicium* e, portanto, o contraditório tem papel essencial. Assim, na estrutura do *ordo judicarius* medieval, diferente do que se construiu posteriormente, a prova do fato é argumentativa e não demonstrativa; informada por uma racionalidade dialética, contraditória, em que a argumentação das partes visa à persuasão acerca das alegações de fato, em busca de uma verdade provável; o que exclui a aplicabilidade e a crença em uma “*evidentia*, que justifique a supressão do contraditório”.¹⁴⁴

Mas a racionalidade retórico-dialética começou a perder espaço. Com a estatização do processo sob o Antigo Regime foram introduzidos novos modos de prova, estabelecida uma hierarquia legal das provas que vinculava o juiz. E se antes se acreditava que a jurisdição só

¹⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA. A garantia do contraditório, p. 229.

¹⁴¹ “*si venne così sviluppando una vera e propria metodologia della ipotesi, e si venne chiarendo che il “fatto” non può essere conosciuto nella sua totalità, come qualcosa di esterno al lavoro di ricostruzione: la conoscenza dei fatti va acquistata per mezzo di propabilità, ed è relativa; non esiste insomma il fatto, la verità*”. GIULIANI., *Il concetto di prova*, p. XI e 15.

¹⁴² No original “*rinunciando alla conoscenza del fatto nella sua totalità*”. Idem, p. XII.

¹⁴³ GIULIANI. L’ordo judicarius medioeval, p. 606. MITIDIERO. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno, p.75-76. Para esse último, razão prática material.

¹⁴⁴ GIULIANI. L’ordo judicarius medioeval, p. 606.

no conhecimento consiste, fundamento da *extraterritorialidade* da jurisdição, agora ela é mais um atuar estatal, pelo órgão judiciário. Passa-se da “arte do diálogo à arte da razão”¹⁴⁵, do raciocínio capaz de descobrir o direito como pertencente ao cidadão comum a uma “razão exclusivamente estatal”.¹⁴⁶

Nessa elaboração do sistema da prova legal Alessandro Giuliani identifica a origem do declínio da concepção clássica da prova e da dimensão do provável. Contudo, não só razões histórico-políticas determinaram essa mudança. A desfiguração do conceito clássico da prova e da racionalidade a ela aplicada é, muito mais, fruto da alteração do pensamento da época. O autor italiano aponta responsáveis tanto as correntes utilitaristas e positivistas, quanto o jusnaturalismo, com sua aplicação de critérios objetivos na valoração da prova, que representou uma antecipação da concepção técnica e o desenvolvimento dos pressupostos da teoria moderna da prova legal.¹⁴⁷

Assim se chega ao *processus* assimétrico moderno, próprio de uma ótica cientificista, introduzia pela lógica de Pierre de la Ramée – ou Petrus Ramus - (século XVI), que busca aplicar ao Direito aqueles métodos próprios da ciência da natureza, orientado por uma racionalidade sistemática.

Abandona-se a busca de uma verdade provável, em busca de uma verdade que se pretende absoluta, certa. A partir de operações técnicas, a concepção moderna assenta-se na crença de que o mundo do fato teria uma autonomia completa, e o melhor meio para conhecer o fato é o alargamento do campo de indagação (o princípio da total evidência) com a introdução de critérios quantitativos, numéricos para o seu acerto.¹⁴⁸

Essa concepção positivista restringia o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão, em oposição à tradição aristotélica, que admitia a razão prática, aplicável a todos os domínios da ação.¹⁴⁹

A oposição entre raciocínio apodítico e raciocínio dialético é explicada por Theodor Viehweg, citando Aristóteles, ao dizer que a *apodexis* tem lugar “quando uma conclusão é obtida mediante proposições verdadeiras ou primeiras, ou daquelas proposições cujo conhecimento procede, por sua vez, de proposições verdadeiras ou primeiras”. De outro lado “uma

¹⁴⁵ PICARDI. Do juízo ao processo, p. 66.

¹⁴⁶ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 76.

¹⁴⁷ GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 235-236.

¹⁴⁸ GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. XII.

¹⁴⁹ PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 136.

conclusão dialética, [para Aristóteles] é aquela obtida a partir de opiniões (dialéticas de silogismos)”.¹⁵⁰

Desse modo, se antes o Direito Processual medieval, utilizava-se da dialética, pelo discurso argumentativo na busca do provável, o direito moderno, “alçou mão, para estruturação da ciência jurídica, da lógica apodítica, que trabalha com a demonstração e com a verdade”. Há, então, uma oposição entre as duas concepções: enquanto uma parte de premissas opinativas – a dialética –, outra, “o silogismo científico parte de premissas verdadeiras (...). Por isso, o primeiro caso não envolve um processo dialógico: quem raciocina a partir de verdades evidentes, fá-lo solitariamente, não disputa. A premissa verdadeira é uma asserção”.¹⁵¹

E é por isso mesmo que no *processus* moderno privilegiam-se aquelas operações solitárias na mente do juiz realizadas por meio de cálculos garantidos pelo recurso ao dogmatismo da evidência¹⁵².

Toda essa visão técnica do processo resume a atividade do juiz em mera subsunção entre fato e norma, em que “a verdade factual funciona como premissa menor do silogismo sentencial, de onde são extraídas as conseqüências jurídicas”,¹⁵³ prendendo o magistrado a “esquemas puros de subsunção” e substituindo a criação normativa jurisdicional pela razão estatal,¹⁵⁴ de modo que o debate judicial, o papel da dialética e da opinião das partes não é mais de grande relevância e o resultado do processo é fruto desse silogismo judiciário.

E se “uma coisa é o mundo da ciência e outra é o da opinião”, “o verdadeiro está para a ciência, assim como o provável está para a opinião”.¹⁵⁵ Mas o processo não é terreno da ciência, é âmbito de resolução de questões práticas, de problemas, de debates, de opiniões. Nesse entender, a doutrina levanta a idéia da necessidade da retomada dessa dimensão tópico-retórica ao processo, do reconhecimento de seu caráter problemático e do abandono do cientificismo e tecnicismo tão dissociados de valores e princípios éticos.¹⁵⁶ Retomada esse objeto do tópico que se segue.

1.2.2 Os Modelos e sua Racionalidade

¹⁵⁰ VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudência: uma contribuição á investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 23.

¹⁵¹ GOMES DA SILVA. *História do direito português*, p. 236-237.

¹⁵² GIULIANI. *L'ordo judiciarius medioeval*, p. 600.

¹⁵³ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 81.

¹⁵⁴ MITIDIERO. A lógica da prova no *ordo judiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno, p.82-84.

¹⁵⁵ GOMES DA SILVA. *História do direito português*, p. 236-237.

¹⁵⁶ Por todos, ZANETI JR. O problema da verdade no processo civil.

1.2.2.1 O Modelo Clássico-Argumentativo

A dinâmica da prova no *ordo judiciarius*, repete-se, era dada por uma racionalidade informada pela tópica aristotélica e pela retórica grega. Essa forma de pensar o Direito é bastante relevante ao processo, uma vez que seu foco é a resolução de problemas. Mas ela acaba por cair no esquecimento em função de uma formalização da tópica e do uso da retórica como adorno de uma narração¹⁵⁷. Esse declínio, contudo, não é suficiente a afastar a importância de seu estudo, especialmente quando se pretende reimplantar no Direito Processual essa racionalidade.

A racionalidade do *ordo* é prática, concebendo o Direito como um problema, realizando-se a atividade processual por meio da dialética entre os participantes do processo. Apoiava-se, assim na opinião e no debate. O conceito fundamental para a retórica é o problema, o caso concreto.¹⁵⁸ E é nesse campo que a doutrina aristotélica toma importância, com a construção do raciocínio dialético: “considerado para ele como propriamente se expressa em *dialogueszai*, no disputar, e que é por ele assinalado como o terreno do meramente opinável, dos retóricos e dos sofistas”.¹⁵⁹

A função da dialética, em Aristóteles está na “definição das regras da discussão, do diálogo, onde há quem afirme e quem negue determinada proposição. Esta proposição, que constitui o fulcro ou objetivo da disputa, é o problema”. O pensamento assim estruturado parte não mais de uma evidência; mas, sim, do problema, da questão controvertida; “em que nunca há conhecimento certo, mas, apenas, conhecimento provável. A premissa opinativa tem, substancialmente, forma interrogativa e não assertória”, e por partir de premissas opinativas, de idéias admitidas, aceites, tem pretensões de alcance do que é crível, plausível, razoável.¹⁶⁰

A dialética então, como campo da discussão necessita de alguma ordenação dos problemas. E, de fato, “a tarefa característica do dialético é, propriamente, aquela de ordenar e de colocar as perguntas”.¹⁶¹ Para tanto, utiliza-se da retórica, entendida como “o estudo das técnicas

¹⁵⁷ GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 189.

¹⁵⁸ GOODRICH. *Rethoric as jurisprudence*, p. 95.

¹⁵⁹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudência*, p. 22.

¹⁶⁰ GOMES DA SILVA. *História do direito português*, p. 236-237. SANTOS, *O discurso e o poder*, p. 6-7.

¹⁶¹ VIEHWEG. *Tópica e jurisprudência*, p. 26. Já diz Giuliani, “sem ordem não é possível um conhecimento correto, como é revelado pela forma pré-lógica da razão humana, legada ao mecanismo psicológico da memória,

discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento”¹⁶².

Nesse âmbito argumentativo-discursivo, toma importância a técnica do pensamento orientada para o problema, a tópica¹⁶³. *Topoi* são para Aristóteles, então, “pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade”. Devem ser concebidos como orientação e como “fios condutores do pensamento”.¹⁶⁴

Mas há algumas diferenças entre a tópica aristotélica e a tópica medieval. Na primeira o discurso dialético é uma imitação do discurso científico: a dialética é uma lógica menor; enquanto na tópica medieval o método dialético-retórico é autônomo, válido no mundo da opinião e do contingente, visto em contraposição ao mundo do necessário.¹⁶⁵

Diferença também há no conteúdo do “provável” para a tópica de Aristóteles e para a medieval. No primeiro o provável tem algum sentido objetivo, próximo da idéia de uma referência a diversas ocorrências, no sentido estatístico e objetivo (referente a uma série de eventos) dado atualmente ao conceito. No último o provável é impregnado eticamente, tomado como melhor probabilidade, como o “grau de confirmação de uma hipótese em relação a uma determinada prova”.

O conceito de probabilidade assim utilizado no *ordo* medieval é também de bases gregas, da tópica ermagórea.¹⁶⁶ A partir dessa melhor probabilidade e da preocupação com a formação de questões, a posição medieval era destinada a formar uma teoria da relevância da prova; uma teoria da formação de questões: na retórica ermagórea, dentro da teoria do *status*, a prova, entendida como argumento é orientada por valores. Nesse sentido, a prova é submetida a um juízo de relevância, entendida assim somente aquela que faz introduzir cada *status* particular, em que tinha posição fundamental a situação competitiva, representada pelo princípio do contraditório.¹⁶⁷

A retórica se move e se desenvolve segundo alguns valores da cultura grega – a competitividade na discussão, pressupondo atuar contraditório; o equilíbrio da discussão,

da prova, da relevância, da probabilidade: a ordem permite selecionar – entre informações numerosas – aquelas que são relevantes e que, portanto, constituem prova”. In *L’ordo judiciarius medioevale*, p. 599.

¹⁶² PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 141-143.

¹⁶³ Sobre o assunto conferir ZANETI JR. *Processo constitucional*, VIEHWEG. *Tópica e jurisprudência*.

¹⁶⁴ VIEHWEG. *Op. cit.*, p. 39-40.

¹⁶⁵ GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 143.

¹⁶⁶ No original “grado di conferma di una ipotesi in relazione a determinate prove; frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi”. GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 14.

¹⁶⁷ GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 63.

pressupondo homens iguais e livres; valores como o bom, o belo e o justo –; de modo que a razão a ela aplicada é uma de razão prática, informada pelo problema, não podendo a discussão dele se distanciar.

1.2.2.2 O Modelo Demonstrativo – A Racionalidade Científica

Seja pela ciência e seu modelo geométrico, seja pela influência do humanismo jurídico, seja pelo desenvolvimento das *lites immortales*, a demora na solução e no termo das disputas judiciais, ou ainda em função da apropriação do processo pelo príncipe, com o *Code Louis* de 1667 a dialética entra em declínio.

Filosofias positivas e científicas começaram a tomar conta do Direito e ao contrário do que antes acontecia, passou-se a pressupor “a existência do fato, em sua pura materialidade, não no sentido que o fato possa adquirir no interior de cada lide” e, nesse contexto, a prova é evidência e tem função de demonstração, como um “achado científico”.¹⁶⁸

A razão, na concepção positivista, é lógica e científica e não prática e procedimental. Ao utilizar do método empírico e experimentalista, os lógicos positivistas, “com fins de encontrar soluções “verificáveis por todos”, com um raciocínio dedutivo, matemático, baseado em silogismos”¹⁶⁹ pressupõem sempre que partem de premissas verdadeiras, de modo que sua conclusão será também verdadeira.

Várias são as origens da adoção do cientificismo no campo jurídico. O positivismo lógico, baseado em Thomas Hobbes e sua teoria do contrato social, “que prega a absoluta soberania das leis do Estado sobre o direito”, em que a “sentença seja deduzida do texto da lei, nenhum outro motivo sendo aceito” como um silogismo judiciário; o Direito Natural, racionalista, em que “deduzido de definições primeiras, como a definição da “natureza do homem”, ou dos axiomas da razão pura” criadores de esquemas dedutivos; o positivismo científico, ou pandectistas, que “construíram um sistema científico, elaborando a “jurisprudência dos conceitos” e a escola utilitarista, que vê no Direito o “instrumento da política ou da economia;

¹⁶⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

¹⁶⁹ VILLEY, Michel, *A filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246-247.

técnica de controle social instaurada a fim de obter a maximização dos prazeres ou o incremento da potência coletiva do grupo.”¹⁷⁰

1.2.3 A Relação entre Sistemas de Avaliação da Prova e Modelos de Prova e de Procedimento Probatório

Há ainda alguns aspectos que diferenciam os dois modelos de prova e de procedimento probatório, além daqueles referentes à sua racionalidade e método. Um deles seria a preferência de cada um por uma dada espécie de prova ou por uma dada forma de avaliação da prova.

No modelo clássico argumentativo da prova, o fato é entendido como algo a ser reconstruído dentro do processo e a *quaestio facti* era sempre considerada uma questão mista, não havendo separação entre questão de fato e questão de direito. Com isso, o processo se estrutura para individualizar o *thema probandum* e apenas depois dessa sua definição eram apresentados os *facta probantia* – a fim de que seja realizada a valoração da relevância da prova– juízo que faz a conexão entre fato e direito.¹⁷¹

Nessa estrutura dialética-argumentativa a prova dominante era a prova testemunhal, com um papel fundamental desempenhado pela oralidade.¹⁷² Afinal em um método orientado por uma razão prática, em que o contraditório é o instrumento para a busca da verdade, a prova testemunhal representa o principal meio de exercício dos ideais da dialética. A prova testemunhal era de tamanha importância que havia quem dissesse ser o processo ato não de três, mas de quatro pessoas: *juiz, autor, réu e testemunha*.¹⁷³

Na lógica do diálogo, a pesquisa é realizada coletivamente, não é construída pelo labor individual, mas a partir de “um concerto a várias vozes”¹⁷⁴ e a conclusão não se baseia em

¹⁷⁰ VILLEY. *A filosofia do direito*, p. 250.

¹⁷¹ PICARDI. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*, p. 110. GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 231-232.

¹⁷² DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 3.

¹⁷³ CHARTRES, Ivo de. *Panormia*. Disponível em <http://www.wtamu.edu/~bbrasington/ivo.html>. Também a esse respeito KEMMERICH. *O direito processual da Idade Média*, p. 129.

¹⁷⁴ VILLEY. *A filosofia do direito*, p. 265.

esquemas apodícticos, mas naquilo obtido a partir do debate, que pode até mesmo vir de impressões, surpresa, choque, exercício de retórica.¹⁷⁵

Também a presunção ocupava posição de destaque como prova, considerada inclusive a prova por excelência. Afinal, em uma estrutura em que a conclusão do processo é uma verdade provável, dentro de um esquema de valores escolhidos como melhores, a presunção como um raciocínio, como o resultado de uma escolha de valores, é uma forma de prova ou de análise de prova determinante nesse contexto.¹⁷⁶

Nesse ponto é possível identificar o sistema de avaliação da prova caro ao modelo argumentativo.

Em primeiro lugar, ressalta-se que, segundo Alessandro Giuliani, é possível dividir a prova legal em dois aspectos – o primeiro se refere à lógica de exclusões, com uma teoria de admissibilidade e relevância probatória, e o segundo aquele próprio de valores previamente estabelecidos para sua avaliação, em perspectiva matemática e quantitativa.

O direito da Idade Média, como já aqui referido, a partir do século XIII assentou-se na prova legal matemática. No entanto, antes de criado esse sistema de avaliação, o *ordo* medieval foi propriamente um sistema da prova legal no primeiro sentido. A ele atendiam as regras de exclusão de determinadas provas, uma vez que criou sua estrutura de acordo com o problema, a partir do qual eram adotados critérios de relevância. Uma avaliação apresentada segundo critérios de exclusão pertence ao processo assentado na prova por testemunho e deve ser crítica, nunca técnica.¹⁷⁷

Com a lógica da exclusão, base do contraditório medieval, tomaram importância o princípio do contraditório como meio de investigação da verdade provável, o ônus da prova e a idéia de uma escala de probabilidade.

Mas da testemunha, passou-se ao documento, da oralidade, passou-se à escrita. A partir do século XIII, então, foram adotados técnicas muito mais rígidas, que impõem resultados e efeitos vinculantes a determinados meios de prova dando lugar a prova legal como operação

¹⁷⁵ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 51. No direito do *Common Law* inglês há uma manutenção do pensamento tópico-retórico, com a concentração do procedimento e a prova oral, testemunhal, o exercício da fala, a apresentação do caso, a ausência de separação entre fato e direito e a teoria da relevância da prova representava por regras de exclusão. GIULIANI. *Il concetto di prova*, p. 199.

¹⁷⁶ GIULIANI. op. cit., p. 231-232.

¹⁷⁷ GIULIANI. *Il concetto di prova*, XIII. p. 159-160 e 246.

técnica, numérica, quantitativa, que coloca em destaque a prova documental e pré-constituída.¹⁷⁸

No modelo moderno, com uma transformação de pensamento e alteração da forma de prova, presente a divisão entre as duas espécies de questão – de fato e de direito –, e com a modernização do direito de prova foi crescente o uso da escrita.¹⁷⁹ Com isso há a “passagem do sistema da prova legal doutrinária para a “codificada””. Com isso se quer dizer que, apesar de abandonados os critérios matemáticos e os tipos e subtipos da prova tarifada medieval, passa a haver vinculação dos efeitos e resultados de determinados tipos de prova, passando “da racionalização do sistema das provas para a formalização vinculante da eficácia da prova individual”¹⁸⁰.

Ao optar por essa espécie de prova, e a elas aplicar uma racionalidade técnica e científica; o modelo moderno optou pela evidência e pela verdade e abandonou a prova tarifada, vinculando efeitos à prova, nos moldes da prova codificada. Como para seus pensadores a prova é um fato juridicamente relevante, porém externo, a operação para seu conhecimento é técnica e tem na prova pré-constituída seu melhor meio, ao permitir, segundo entendimento então dominante, uma segurança completa na decisão judicial.¹⁸¹

Assim, hoje nos países europeus continentais, herdeiros de um sistema hierárquico de administração da justiça, em que a prova é entendida muito ainda como demonstração, é possível dizer que ainda há resquícios da prova legal.¹⁸²

¹⁷⁸ DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 50-51. PICARDI. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*, p. 137.

¹⁷⁹ “Depois de um período no qual a escrita era virtualmente desconhecida, a prova escrita tornou-se amplamente utilizada a partir do século XII, até mesmo num acordo entre pessoas comuns. Particularmente notável foi o uso de documentos “autênticos” – isto é, documentos “autenticados”, declarados dignos de fé, por pessoas ou instituições que tinham autoridade pública para tanto. (...) Originalmente, a prova escrita – e a fortiori autenticada – era opcional e não tinha precedência sobre a prova por testemunho”. CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p.195-197.

¹⁸⁰ “Cumpre, porém, advertir que o sistema francês, mesmo em sua culminância, não chegou a implantar plenamente o princípio da livre apreciação da prova. Somente discussões doutrinárias posteriores, travadas ao ensejo da elaboração dos ordenamentos processuais civis da Alemanha e da Áustria, em vigor respectivamente em 1879 e 1898, nos quais se introduziu a idéia fundamental da oralidade, com todas suas conseqüências (concentração, imediação, imutabilidade do juiz, livre apreciação da prova), conduziram à definitiva superação do modelo do processo comum, de caráter escrito, diluído em inumeráveis termos, fragmentado em múltiplos pronunciamentos parciais e respectivas possibilidades de impugnação, inimigo jurado do contato direto do juiz com as partes e as provas”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, disponível em www.mundojuridico.com.br, acesso em 03 set. 2007.

¹⁸¹ GIULIANI. *Il concetto di prova* - contributo alla logica giuridica, p. 245-246.

¹⁸² Para alguns a avaliação da prova é realmente livre talvez tão somente naqueles casos em que o julgamento é submetido ao júri, em que a regra é a do julgamento por íntima convicção. DAMASKA. *The faces of justice and state authority*, p. 49, nota 3. Contudo, ressalta-se, nos processos submetidos ao júri a perspectiva de análise é diversa uma vez que não há qualquer exigência de motivação para suas decisões.

Mas esse sistema é muito mais um sistema de prova legal por exclusão do que uma prova legal com efeitos apriorísticos, ainda que, na preferência das provas, esteja o documento e a prova pré-constituída, bem como uma desconfiança quanto à prova testemunhal e a presunção simples, como reflexo do excessivo formalismo dos processos desses ordenamentos.

Hoje, em virtude das disposições do Código de Processo Civil, em especial o contido no artigo 131 a respeito da livre apreciação das provas, associado ao dever e garantia de motivação das decisões judiciais, contido no art. 93, IX da Constituição Federal, o sistema de valoração da prova, como já aqui estabelecido é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado, pelo que não deve haver hierarquia entre provas, a exemplo da regra insculpida no artigo 436 do Código de Processo Civil. Deverá haver, tão somente, *standards* para controle do juízo de fato.¹⁸³

1.2.4 O Modelo Adotado e a Verdade Buscada: A Relação entre a Racionalidade de cada Modelo e “sua” Verdade

Definidos os conceitos clássico e moderno da prova e os próprios da dialética, da tópica e da retórica, uma análise faz-se atual e necessária: qual hoje o conceito de prova? Ou, ainda, qual a racionalidade aplicável à prova e qual a verdade perquirida no processo?

Aristóteles já dizia aplicável a todos os domínios da ação a razão prática. O uso dessa razão, por meio do discurso, deve ser ético. Nesse sentido, Jürgen Habermas defende uma ética do discurso voltada para o entendimento, mais do que somente para compreender o sentido, mas entender-se mutuamente quanto a esse sentido. A argumentação jurídica está, então, regida pelo entendimento, visando o entendimento.¹⁸⁴

Como observado anteriormente, a racionalidade técnico-científica se utiliza de juízos teóricos puros, preocupados com a inferência e a demonstração e visa o conhecimento verdadeiro e explicação universal, a racionalidade prática funciona de modo diverso, cujo discurso tem pretensões de validade universal.¹⁸⁵

¹⁸³ Remete-se, aqui, ao item 1.1.2.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, trad. Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP* n. 7. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, p. 4-19.

¹⁸⁵ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 171. NEVES. *Metodologia jurídica*, p. 37.

De outro lado está a racionalidade prática, mais especificamente, a procedimental, cujas decisões se legitimam pelo procedimento, uma vez observadas as regras estabelecidas.¹⁸⁶ A validade não é mais dada por um critério material anteriormente definido mas pelo procedimento, orientado por regras que poderão ser, essas sim, abstrata e anteriormente estabelecidas.

A conclusão – a decisão – se legitima pelo procedimento quando aplicada a racionalidade prática procedimental. Mas o discurso jurídico distingue-se do discurso prático geral. Aquele, conforme Robert Alexy, é restrito em seu objetivo pelo estatuto (leis), pelos precedentes e pela dogmática teórica e – no caso dos procedimentos judiciais, mais especificamente -, pela legislação e regulamentações processuais. A argumentação construída no discurso jurídico “acontece dentro de uma estrutura de condições limitadoras” e nesse âmbito, “nem todas as questões estão abertas ao debate”.¹⁸⁷ Hermes Zaneti Júnior, denomina essas limitações de elementos essenciais do discurso jurídico.¹⁸⁸

Robert Alexy defende a aplicação da teoria do discurso ao processo civil. Diz ele que ali, as partes não pretendem convencer uma à outra “no entanto, exigem falar de um modo que toda pessoa racional teria de concordar com seu ponto de vista. Eles ao menos pretendem estar apresentando argumentos tais que obteriam concordância em condições ideais”.¹⁸⁹

Nesse contexto, importante é retomar ao processo sua perspectiva tópico-retórica e assumir a impossibilidade do encontro de verdades absolutas. Como visto, desde Aristóteles a oposição entre raciocínio apodíctico e raciocínio dialético domina o pensamento ocidental. Diferente não poderia ser com a filosofia do direito e, por consequência com o Direito Processual e a matéria probatória.

Se a filosofia do direito tende a reconhecer o caráter tópico-retórico do discurso e raciocínio jurídicos¹⁹⁰, e o Direito Processual aplica essa racionalidade ao direito probatório, há uma retomada da prova como fenômeno argumentativo, em que o problema está no centro das preocupações hermenêuticas.¹⁹¹ O discurso jurídico, então, deverá tender ao encontro de uma nova forma de verdade. Assim como na tópica *ermagorea* grega¹⁹², o juízo não pode se basear

¹⁸⁶ ZANETI JR. op. cit., p. 71.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica*:- a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, trad, Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p., p. 211-212.

¹⁸⁸ ZANETI JR. op. cit, p. 106.

¹⁸⁹ ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica*., p. 217.

¹⁹⁰ SANTOS. *O discurso e o poder*, p. 6-7.

¹⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 137, p. 7-31, agosto 2006.

¹⁹² GIULIANI. *Il concetto di prova* - contributo alla logica giuridica, p. 59.

no verdadeiro, “absoluto, mas sobre a reconstrução mental imaginativa dos fatos, que por isso é provável, nunca absoluta.

A partir desse entendimento, a escola de Bruxelas retoma o pensamento clássico, e admitindo que todo processo nasce de uma controvérsia,¹⁹³ a estrutura processual deve ser formada de uma ordem dialética, a própria justiça se serve da dialética, por meio do exercício do atuar contraditório, da confrontação de opostos como meio de alcance da verdade.¹⁹⁴

Mas é certo que, assim, a conclusão encontrada nunca pode se distanciar do problema, esse é o foco da investigação. E para tanto, a melhor solução possível,¹⁹⁵ a verdade provável, encontrada a partir da argumentação das partes e das provas trazidas ao processo, segundo a retomada do pensamento tópico-retórico, deve ser capaz de ser submetida e aceita por um auditório, ou melhor, a três auditórios: as partes, “os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública”.¹⁹⁶

Por isso deve se assentar em uma razão prática procedimental, baseada no senso comum, na dialética e na prova, e não em construções técnico-científicas. E, claro, debate que deve ser controlado e orientado por fins, numa relação entre dialética, contraditório e finalidade.¹⁹⁷ Fins esses que são as premissas da constitucionalização do processo, do formalismo valorativo e dos direitos fundamentais.

Não é só isso, contudo. Ao se abandonar a racionalidade científica, abandona-se, também, a procura por verdades absolutas. E é preciso definir, a partir daí, que verdade se obtém com a adoção de uma racionalidade prática procedimental.

Diante da dificuldade de estabelecer um significado único no meio de toda a abstração do signo verdade¹⁹⁸, aqui se reconhece ter havido por algum tempo, entre cientistas e doutrinadores, certa concordância a esse respeito, ao definir a verdade como a adequação do intelecto ao real, como uma propriedade dos juízos, que podem ser verdadeiros ou falsos,

¹⁹³ VILLEY. *A filosofia do direito*, p.256-257.

¹⁹⁴ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil* – discursos, ensaios e conferências, trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003, p. 43.

¹⁹⁵ “Busca-se, com isso, não uma solução, ou conclusão, verdadeira, mas uma que seja razoável, “a mais oportuna, a mais aceitável”. VILLEY. *A filosofia do direito* – definições e fins do direito – os meios do direito, p. 257.

¹⁹⁶ PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 239.

¹⁹⁷ COUTURE. *Introdução ao estudo do processo civil*, p. 44.

¹⁹⁸ Como bem lembra Humberto Ávila, cada texto tem seu significado intrínseco, mas o uso, a linguagem, a interpretação, constroem sentidos e significados próprios. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31-32. A esse respeito, conferir ainda BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Verdade e significado*, disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 06/03/2008.

dependendo da correspondência entre o que afirmam ou negam e a realidade de que falam. É uma definição própria dos modelos de função demonstrativa da prova, em que se acredita que “fatos são completamente cindidos do direito. Esse entendimento leva à conclusão de que, demonstrada a existência do fato, a conclusão jurídica é automática”.¹⁹⁹

Nos estudos sobre a prova penal, Nicola Framarino dei Malatesta, traz a seguinte definição: “a Verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade”²⁰⁰. Também Carl Joseph Anton Mittermayer traz essa linha de definição, ao dizer que verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito.²⁰¹

Tais proposições não são, contudo, satisfatórias. Hoje, filósofos e, no que aqui releva, filósofos do Direito, dão especial relevância ao estudo da linguagem e entendem por verdade a relação entre os enunciados a que se chega a partir de outros enunciados já conhecidos. Nesse sentido os estudos de Jürgen Habermas, ao tratar da relação entre objeto, pensamento e discurso. Para o autor a verdade é a relação entre um agir externo e a linguagem vertida sobre a realidade. Sua dependência em relação à linguagem é assim explicitada: “a verdade de opiniões e sentenças só pode, por sua vez, ser explicada com o auxílio de outras opiniões e sentenças, não podemos fugir à ascendência de nossa linguagem, (...) nossas sentenças não podem ser confrontadas com nada do que já não está impregnado pela linguagem”.²⁰²

Com tudo isso se pretende dizer o seguinte: a verdade encontrada no processo não será aquela relação direta entre pensamento e realidade. Não se descarta aqui a existência dessa relação, apenas se apresenta outra perspectiva, qual seja: a verdade do enunciado processual ou material será vista a partir da relação entre o conteúdo desse e o conteúdo existente em outros enunciados presentes no processo, esses trazidos pelas provas e alegações das partes, produzidos, esses sim, a partir da compreensão que os sujeitos da prova extraíram da realidade.

Esse o conceito de verdade – como correspondência entre a realidade e a noção ideológica que o sujeito cognoscente produz acerca dos enunciados fáticos trazidos ao processo –

¹⁹⁹ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 80. “Essa técnica de raciocínio impede a valoração dos fatos em contraditório, impedindo igualmente a sua utilização como argumento para a solução das questões postas em causa, prendendo o raciocínio judicial em uma estrita cadeia de silogismos que, não conectados com o problema, apenas seguem até a decisão final, cegos aos distanciamento que isso pode implicar e ao conseqüente abandono do *thema probandum*”.

²⁰⁰ MALATESTA, Nicolai Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal, com anotações atualizadas* - tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 17.

²⁰¹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*, trad. Herbert Wüntzel Heinrich. 3. ed., Campinas: Bookseller, 1996, p. 59.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, trad. Milton Camargo Mota, Edições Loyola, São Paulo: 2004, p. 242

aceitável numa perspectiva da prova que não mais a localiza como demonstração técnica, como verdade absoluta. O conceito ainda é de relação, mas o entendimento aqui esboçado é o de que o conhecimento da realidade é intermediado pela linguagem e construído pela dialética. Prova e verdade assim entendidas resgatam o papel do debate e das partes do processo, e a valoração dos fatos. Para tanto, o contraditório – também o preventivo – toma novo fôlego, como ponto central do processo e meio de investigação da verdade provável.²⁰³

Muito se diz acerca da impossibilidade de alcance da verdade, de conhecer o fato em sua totalidade. Por força dessa circunstância, conhecimento e verdade são definidos por relativos, em virtude da própria condição humana, que é limitada, e das condições da investigação.²⁰⁴

Dizer que um fato é verdadeiro no processo, é dizê-lo provável, dizer ter sido alcançado um grau máximo de verossimilitude que segundo os limitados meios do conhecimento de que o julgador dispõe, será suficiente para dar a certeza da ocorrência do fato.²⁰⁵

Uma última e essencial análise deve ser feita nesse ponto do trabalho. Aquela que tem por foco o sujeito cognoscente, como fundamento da afirmação já feita anteriormente de que a verdade é, sempre, relativa. A proposta é quase uma tentativa de responder a uma pergunta bastante recorrente em todo e qualquer texto que se proponha a desenvolver esse tema: "(...) a verdade é *subjetiva* ou *objetiva*?"²⁰⁶

A esse respeito, Michel Foucault, em seu *A verdade e as formas jurídicas*, desenvolve pensamento sobre a relação entre a verdade e o sujeito de conhecimento e oferece uma visão desse como forma de poder e, em consequência, uma visão da relação do sujeito para com ele também como forma de poder.²⁰⁷

²⁰³ ZANETI JR. *Processo constitucional*, p. 81. Taruffo critica a concepção. Segundo o autor a função persuasiva da prova é um destino obrigatório para todas as concepções do processo e do juízo sobre os fatos que tendem a reduzir de forma exclusiva esses fenômenos à dimensão lingüística ou tendem a tomar em consideração unicamente essa dimensão. Explica que, se se exclui do processo qualquer função cognoscitiva e se considera impossível ou, em todo caso, irrelevante qualquer determinação dos fatos em termos de verdade/falsidade, não resta outra possibilidade senão identificar alguma função da prova na dimensão lingüística se não se quer cair na tese que sustenta que a prova não é mais do que um *nonsense*. Para ele, com esse direcionamento, há uma aproximação entre as teorias semiótico-narrativas e a concepção retórico-persuasiva da prova. TARUFFO. *La prueba de los hechos*, p. 84.

²⁰⁴ AMARAL. Verdade, justiça e dignidade da legislação, p. 134.

²⁰⁵ CALAMANDREI, Pietro, *Instituciones de derecho procesal civil* – segundo el nuevo código, v. 3, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro: 1996, p. 318.

²⁰⁶ MITTERMAIER *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 60.

²⁰⁷ FOUCAULT. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 8.

A verdade tem uma história e recebe toda história formadora do sujeito. “Assim, longe de constituir atividade técnica e neutra, a reconstituição dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos, culturais”.²⁰⁸

O sujeito, em Michel Foucault, não é dado definitivamente, é constantemente modificado e moldado e o conhecimento e a verdade também serão constantemente moldados. A relação entre sujeito e conhecimento não será hermética, como dois elementos que se inter-relacionam, mas não se misturam. Todo conhecimento terá a nota de subjetividade proveniente daquele que dele se apodera. Será uma relação estratégica e mesmo uma relação de força e, por ser desse modo, razão pela qual o conhecimento produzido é parcial e perspectivo.²⁰⁹

Por essas razões, por essa determinação do verdadeiro a partir do sujeito cognoscente, é que se fala em verdades relativas, afinal “uma verdade objetivamente ou absolutamente certa é uma ingenuidade epistemológica”.²¹⁰

Se condicionado aos limites do sujeito está o conhecimento por ele apreensível e a verdade por ele perceptível, inaceitável é pretendê-los absolutos. O conceito continua sendo um conceito de relação, mas o entendimento aqui esboçado é o de que o conhecimento da realidade é intermediado pela linguagem.

Assim se percebe no processo, em que se pode dizer ter o juiz a função de dar sentido aos fatos. É o seu significado, sua representação resultante de prova e convencimento judicial que têm relevância para o processo.²¹¹ Isso, contudo, não deve conduzir à negação da verdade. Não se pode confundir abandono da busca pela chamada verdade científica absoluta com abandono da busca pela verdade, “tornando o processo um mero jogo retórico, em que a linguagem e a veemência dos argumentos das partes preponderam sobre a investigação acerca das versões fáticas por elas apresentadas”.²¹²

Ora, todo conhecimento é histórico, porque fruto de um determinado momento de uma certa sociedade. Condicionado e condicionante: apenas relativo pode ser o conhecimento assim determinado. Apenas relativa pode ser a verdade assim apreendida. Tudo resultado da

²⁰⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

²⁰⁹ FOUCAULT, op. cit, p. 25 e 27.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado, disponível em www.abdpc.org.br.

²¹² AMARAL. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldron, p. 131.

subjetividade inerente a essas categorias, afinal saber e poder são formas de controle social e de reprodução dos valores dominantes na sociedade.²¹³

1.2.5 A Adoção de um Modelo Brasileiro

Antes de dar os contornos de um possível modelo da prova no direito brasileiro, é preciso ressaltar que as definições de sistemas e modelos de prova ou de modelos ideais de administração da justiça são, muito mais, construções com fins científicos. Representações puras desses modelos ou sistemas não existem ou existiram. A intenção em contrapor esses arquétipos é, além e muito mais do que acadêmica e didática, “evidenciar a ideologia do processo e das decisões”,²¹⁴ as relações entre esse e os aspectos externos, políticos, culturais e sociais. O trabalho do intelectual é mudar o regime político, econômico, institucional de produção da verdade, desvinculando “o poder da verdade das formas de hegemonia no interior das quais ela funciona no momento.”²¹⁵

Assim, o desenvolvimento deste trabalho, ao utilizar essas definições procurou até aqui desvendar as razões por trás de práticas que, não fosse a pesquisa científica desses, continuariam tomadas como o curso natural ou a verdade pertencente ao Direito Processual, como se neutro ele fosse, como se despolitizado fosse, como se hermético fosse. Faz-se isso sem negar, contudo, que também esta dissertação tem sua própria ideologia, que também o modelo aqui buscado tem sua própria ideologia.²¹⁶

²¹³ Contudo, como bem ressalta Guilherme Rizzo Amaral; “Embora seja importante, neste particular, ressaltar que no processo não se trata de estabelecer verdades absolutas, mas, sim, verdades relativas, tal afirmação *não gera nenhuma distinção com a verdade obtida fora do processo que é, também, irremediavelmente relativa*”, *Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo*, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldon. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. A respeito do saber e sua dialeticidade, conferir também, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, São Paulo: Renovar, 2001.p. 45. Para melhores referências, Capítulo 1, item 1.1.

²¹⁴ ZANETI JR. O problema da verdade no processo civil, p. 335.

²¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, trad. de Roberto Machado, 13. Ed., Rio de Janeiro: Edições Graau, 1998, p. 14.

²¹⁶ Ao falar de ideologia é preciso ter cuidado “na discussão a respeito da ideologia devemos precaver-nos contra dois riscos. O primeiro está representado pela tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de “um ponto de Arquimedes” que nos permita o acesso privilegiado à verdade absoluta. O “outro” é que, não conseguindo alcançar a verdade, teria seu pensamento distorcido por falsas noções, mistificadoras da realidade. O “outro” não conseguira atingir a “nossa” verdade, tida como a única, eternamente válida. É a marca do pensamento conservador, na sua indefectível glorificação do *statu quo*” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Processo e ideologia. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, pp. 19-36, abr/jun, 2003, p.23.

Entendido dessa forma, a primeira observação a ser feita é a de que uma orientação demonstrativa da prova, aos moldes técnico-científicos não mais é aceitável, não é possível construir o raciocínio probatório sobre bases axiomático-dedutivas. Contudo, essa afirmação não faz aceitar aplicável de imediato à prova um modelo argumentativo nos moldes tópico-retóricos.

Michele Taruffo critica a concepção de Chaïm Perelman e a aplicação da sua nova retórica e, apesar de considerar não ser a prova demonstrativa naquele aspecto matemático, considera possível admitir um caráter demonstrativo da prova, se reconduzido a esquemas racionais. Defende uma valoração/avaliação racional das provas – em especial a testemunhal. Considera que a tese belga é aceitável tão somente em sua parte “óbvia”, a de que a prova judiciária não é uma demonstração no sentido científico-matemático do termo.

Segundo Michele Taruffo, o conceito daquele autor em relação ao que seria demonstração é restrito, por assim considerar tão somente a referência à matemática e à ciência no sentido formal. Para o italiano, a prova tem função demonstrativa, enquanto fornece o fundamento cognoscitivo e racional para a escolha do juiz da versão que melhor atende à verdade dos fatos. Seu entendimento parece deixar muito ainda na mão do juiz, em uma análise racional desse, colocando a decisão ainda como aquela operação solitária do modelo assimétrico.²¹⁷

Contudo, mesmo dizendo não haver como negar certo caráter argumentativo e retórico ao fenômeno probatório – reconhecimento que, hoje, mesmo defensores da demonstração e do silogismo no âmbito do direito admitem verdadeiro²¹⁸ -, a crítica de Michele Taruffo parece distanciada da realidade processual ao tomar a retórica e a tópica distanciadas de seu ambiente de construção dialética do fato, com participação de partes e juiz, mediante inafastável contraditório.²¹⁹

Esquece que na virada hermenêutica, com as mudanças de paradigma do pensamento do século XX e o resgate do pensamento clássico o processo pressupõe atividades de participação em que aquela decisão como fruto de uma análise racional e solitária do juiz não mais condiz com as necessidades e a realidade do direito, “por ser o processo o ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social”,²²⁰ e, desse modo, ser o seu

²¹⁷ TARUFFO, Michele, Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1997, p. 554-556 e 573.

²¹⁸ Assim aponta MACCORMICK, Neil, *Retórica e o Estado de Direito* – uma teoria da argumentação jurídica, trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.24.

²¹⁹ TARUFFO. Funzione della prova, p. 566.

²²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. No mesmo sentido, BAPTISTA DA SILVA. *Processo e ideologia*, p. 20.

resultado também construído a partir das argumentações das partes, num processo dialético, que reconhece que o próprio fato é uma categoria hermenêutica. Por isso, não há que se falar em divisões estanques, em fato puro ou em direito concebido tão somente em abstrato, categorias sobre as quais recai a análise racional do juiz, supondo “que a prova seja recebida pelo juiz atomizadamente, aos pedaços, como se fosse constituída de pequenas unidades independentes”.²²¹

Num contexto democrático, em um Estado Democrático de Direito, apenas uma concepção do processo e da prova assim formadas podem ser admitidas. Por isso, muito mais apropriada a leitura belga²²² ou alemã²²³ da avaliação da melhor solução possível. Solução essa que será dita por melhor quando possível de ser submetida e aceita diante de um auditório ao invés de entendê-la submetida tão somente à análise racional do juiz²²⁴, idéia que não resolve tão bem os problemas trazidos pela concepção tecnicista do processo.

É essa a concepção mais apropriada, que retoma a retórica clássica, que tinha a persuasão como a função primária da linguagem, orientado social e politicamente, que deverá ter seu conteúdo determinado pela situação concreta, que deve ser relacionada a comunidade política e social, à prática.²²⁵

Hoje, a filosofia do direito reconhece o caráter tópico-retórico do discurso e raciocínio jurídicos, e o Direito Processual aplica essa racionalidade ao direito probatório, sem que, contudo, se pretenda restabelecer *o ordo isonômico medieval*, na idéia uma democracia mais participativa²²⁶, de que “a leitura tópico-retórica tem implícita uma concepção democrática do direito e da sociedade e, portanto, um certo projeto político”.²²⁷ E se “Democracia pressupõe tolerância”, um modelo baseado no absoluto não cabe. “Não pode haver regime democrático quando exigimos que nossos interesses e valores sejam aceitos como absolutos; não haverá democracia se formos incapazes de conviver com a diversidade, com os valores do “outro”,

²²¹ “a transformação paradigmática, da qual não nos é possível escapar, sob pena de renunciar ao Direito, como instrumento superior de resolução de conflitos sociais, ao mesmo tempo em que permitirá resgatar a figura do juiz “responsável” determinará que o pensamento jurídico renuncie ao dogmatismo, para recuperar a função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega varias soluções jurídicas possíveis, para, enfim, mostrando que o texto e norma não são a mesma coisa, reentronizar a Retórica como ciência da argumentação forense, que o pensamento linear dos juristas geômetras do século XVII pretendeu eliminar do direito processual”. BAPTISTA DA SILVA. *Jurisdição, direito material e processo*, p. 142.

²²² PERELMAN. *Lógica jurídica*.

²²³ ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica*.

²²⁴ TARUFFO. *Funzione della prova*, p. 573.

²²⁵ GOODRICH. *Rethoric as jurisprudence*, p. 96.

²²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA. *A garantia do contraditório*, p. 229

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O discurso e o poder – ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 93.

²²⁸ valores esses que só terão espaço no ambiente dialético. Nesse sentido, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 436 afasta uma visão puramente demonstrativa da prova ao permitir ao juiz afastar as conclusões periciais.²²⁹

Ao se formular o modelo brasileiro de prova, ao lado de afirmar a realidade cooperativa e dialética do direito e do processo, não se deve olvidar outra realidade do direito, qual seja, o pensamento sistêmico a ele aplicável e hoje dele indissociável. Mais ainda, a admissão do pensamento tópico-retórico no direito não é excludente do pensamento sistemático, muito antes pelo contrário, há entre eles uma complementação mútua.²³⁰

Por tudo isso, a racionalidade do modelo retórico-persuasivo e argumentativo do fenômeno probatório, do modelo isonômico de processo, não só atende às premissas do formalismo-valorativo e da constitucionalização do processo, mas é única capaz de atender às reais necessidades dos litígios coletivos. Ao descrever na existência de uma evidência, ao combater a “violência da provas absolutas”, própria das exigências de uma racionalidade técnico-científica, o modelo argumentativo cria um espaço democrático ao exercício dos direitos supra-individuais ²³¹ que, numa estrutura do processo civil individual, preso nos esquemas lógicos de subsunção, de prova demonstrativa e de conceitos como o de direito individual, legitimidade e coisa julgada, ficariam desprotegidos. Assim reconhece o Superior Tribunal de Justiça:

Desse modo, extinguir os embargos é tornar inviável a defesa do executado; a partir de 1988, todo o processo é dialético, de tal forma que é defeso aplicar-se qualquer sanção sem prévia oitiva do eventual prejudicado. EREsp 199.177-RJ, Rel. originária Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 11/12/2002.²³²

Afinal, ao assentar-se em uma isonomia entre partes e juiz, a retórica, dentro do processo, permite o equilíbrio da balança das desigualdades sociais, reconhecidamente existente nas lides coletivas. Assim, deve-se garantir o total respeito à igualdade (substancial) de armas e

²²⁸ BAPTISTA DA SILVA. *Jurisdição, direito material e processo*, p. 141

²²⁹ KNIJNIK. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, p. 13.

²³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 273. Assim também em AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la topica juridica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 170.

²³¹ SANTOS. *O discurso e o poder*, p. 91-94.

²³² AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - COMPROVAÇÃO - APRECIACÃO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ - PRECEDENTES - FALTA DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 E 458, AMBOS DO CPC. 7. O Judiciário legitima-se pela motivação de suas decisões, que penetram no âmago da sociedade, instando esta a conformar-se ou contradizê-las. A jurisdição é um processo dialético em que as partes declinam seus argumentos, que inexoravelmente deverão ser apreciados pelo Julgador..(AgRg no Ag 656.919/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008)

oportunidades entre as partes no processo²³³, ao contraditório que, aqui, “só pode encontrar guarida se a balança for previamente expurgada do contrapeso ou tara com que vêm (as relações jurídicas) originalmente viciadas”,²³⁴ e tal só será possível no contexto de um processo que não tome mais por pressuposto uma lógica apoiada em critérios frios e objetivos.

É por isso que Morello, ao descrever o processo justo ressalta a existência de um direito fundamental à prova, direito constitucional de provar, prerrogativa que “se traduz em defender-se provando”. A subtração desse direito do conteúdo da defesa afeta essa outra garantia ou direito fundamental. E vai mais além, quando diz que “toda limitação a provar há de ser, de um lado, justificada (como exige a Constituição alemã) e, ademais, que esta constrição ou o modo de exercê-la deve ser, também, razoável”. Lembra, ainda, de que no estudo da prova deve se ter atenção ao dever de colaboração das partes, sempre em função da necessidade pública de se atingir um resultado justo.²³⁵

Retoma-se, então, a mentalidade do *ordo* apenas no sentido do atuar probatório, imprimindo à prova o modelo argumentativo, tópico-retórico. Isso porque, quando da decisão, aquele modelo se baseava em um juízo *secundum conscientiam* o que possibilitava ao juiz desconsiderar as manifestações das partes, o que não é mais possível. Mesmo porque a atividade do juiz é limitada por princípios, como a motivação e a publicidade, além das formalidades para a produção da prova, os recursos e o duplo grau.²³⁶

Ademais, na visão atual de contraditório, como se verá a seguir, não basta a concessão de direito à resposta. Deve o juiz garantir às partes a não ocorrência de surpresa, o direito de não ver a causa decidida por questão de fato ou de direito de que as partes não se tenham apercebido.²³⁷

O ativismo judicial, nessa nova perspectiva, é sim fundamental, mas deve ser acompanhado pela atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais. Deve o magistrado ter posição de um “agente-

²³³ MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses individuais. In MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (org.) *Processo civil coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 299.

²³⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 07, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 1993, p. 30-36.

²³⁵ MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata: Librería Editora Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 04.

²³⁶ KEMMERICH. *O direito processual da Idade Média*, p. 129.

²³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, O juiz e o princípio do contraditório. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993, p. 35. A respeito ver item 2.1.2

colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de um mero fiscal de regras”.²³⁸

O modelo construído, então, muito mais do que argumentativo é, também cooperativo, em que partes e juiz trabalham na reconstrução dos fatos. Um processo baseado no diálogo, uma prova entendida como argumentação somente poderão se concretizar dentro de uma estrutura processual cooperativa, que imponha direitos e deveres às partes e ao juiz.²³⁹

Dentro dessa ótica, o modelo argumentativo-cooperativo tem por fundamento a isonomia entre partes e juiz, entre cidadãos e Estado, de modo que ocupem posições coordenadas. Mas, se no diálogo a posição do juiz é e deve ser paritária, na decisão sua posição é assimétrica,²⁴⁰ atuando segundo seus deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Ao se falar em cooperação, o princípio não trata apenas dos poderes do juiz e sua ampliação no tocante à instrução probatória, mas à adoção pelo magistrado dessa posição paritária em relação às partes: “esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos, quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso”.²⁴¹

O contraditório tem posição fundamental na viabilização do diálogo e da cooperação e as partes devem observar seus deveres de lealdade e boa-fé,²⁴² reconhecendo, sempre, que a “verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, perseguí-la”.²⁴³

Dessa maneira, estabelecido um processo argumentativo e cooperativo, com base no contraditório e no atuar dialético, e admitida a atividade probatória do juiz como atividade cooperativa, essa “haverá de ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas juntamente com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo”²⁴⁴

²³⁸ DIDIER JR, Fredie. O princípio da cooperação – uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 127, pp. 75-80, set, 2005, 76.

²³⁹ Sobre o princípio da cooperação, conferir item.

²⁴⁰ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

²⁴¹ DIDIER JR. O princípio da cooperação – uma apresentação, p. 76.

²⁴² SOUSA, Miguel Teixeira. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 86, p. 174-184, abr/jun, 1997, p. 176-177.

²⁴³ MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*, p. 102.

²⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. “Em outras palavras, a cooperação exerce também aqui um papel relevante. Tal se instrumentaliza por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo. E, realmente, visam eles, exatamente, não só facilitar o trabalho judicial, como também incrementar a colaboração das partes, a exemplo da imediatidade no debate e na recepção da prova oral, do contraditório e da presença dos interessados na produção das provas. Ao mesmo tempo, o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da prova, a

Necessário se faz, contudo, um cuidado na elaboração das bases desse novo modelo brasileiro. A retomada do pensamento do *ordo* não significa a pretensão de uma volta aos infundáveis debates que retiraram a credibilidade da retórica em tempos passados. Ao se falar em oralidade, não se quer dizer que deva ter destaque ou posição preferencial a prova testemunhal. A adoção da forma de pensar medieval significa imprimir ao procedimento probatório o indiscutível caráter discursivo do processo, impor o debate como forma de realização da prova.

Quando o trabalho rejeita a concepção científica de prova, não significa dizer rejeitar a prova técnica, a perícia, a prova científica aos moldes de exame de DNA. O centro da idéia é passar da prova como total evidência a conduzir à verdade absoluta – essa a concepção científica – para a prova como argumento, debate, elemento de persuasão a conduzir à verdade processual, que é relativa.

Assim entendido o processo, informado pela cooperação e pelo contraditório, forçoso é reconhecer um verdadeiro direito à prova, que por sua vez, “engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados.” Isso tudo porque contraditório não é só resposta ou participação, mas direito de influência, “como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda”.²⁴⁵

Essa a formatação dada pelo formalismo-valorativo, que vai além da visão do processo como técnica e diz “respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades”, voltando a atenção também aos poderes e deveres dos sujeitos processuais, bem como à “ordenação do procedimento e organização do processo”.²⁴⁶

publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição, servem como anteparo ao arbítrio judicial, por limitar o caráter “pessoal” da decisão e melhorar a sua objetividade.”

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 260. Para ainda melhor compreensão do tema CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito, *Rivista di diritto processuale*, anno 60, n.2, pp. 449-464, 2005.

²⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo valorativo. p. 8-9.

2. A PROVA NO PROCESSO COLETIVO - APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MODELOS DE PROVA E PROCEDIMENTO PROBATÓRIO AOS PROCESSOS COLETIVOS.

O capítulo anterior serviu para explicar a mudança de paradigma que se impõe ao estudo do direito processual civil, assentada nas premissas já apresentadas neste estudo, concernentes à constitucionalização do processo e ao formalismo-valorativo, que determina o reconhecimento da historicidade do direito e da relação entre direito material e processo.

Essa mudança é iluminada pela teoria dos direitos fundamentais e a principiologia processual, impondo o reconhecimento do caráter do processo como direito fundamental. Em razão disso, o capítulo, que se inicia, trata da prova no processo coletivo e abordará os princípios do processo civil de um modo geral, faces desses princípios quando aplicados ao processo coletivo e princípios específicos do processo de lides coletivas, dentre eles o princípio do contraditório, ativismo judicial, microsistema, a instrumentalidade das formas e o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, na forma da coisa julgada *secundum eventum probationis* e a cooperação.

Além de assentadas as premissas da pesquisa, outra observação importante deve permear o exame do tema proposto: a interpretação das regras e disposições acerca da matéria deve passar, necessariamente, pela ótica constitucional e de princípios. Deve, porém, do mesmo modo, nortear tal tarefa a preocupação com a conformação do processo coletivo – a apontar, por exemplo, o desequilíbrio entre os litigantes -, superando interpretações ainda vinculadas a ideologias próprias do iluminismo e próprias da concepção duelística do processo.²⁴⁷

Essas interpretações inspiraram as codificações processuais brasileiras, o primeiro Código de Processo Civil em 1939 e o atual, ambos “Códigos da Ditadura”, revelando a ideologia e as teses filosófico-políticas do Estado Liberal.²⁴⁸ A codificação hoje vigente sofreu referida influência como uma recepção tardia do Direito Napoleônico, (iniciada com o Código Civil de 1916 e o CPC de 1939).²⁴⁹

²⁴⁷ Em função disso, Galeno Lacerda crítica a devoção dos brasileiros aos processualistas italianos. “É que lá, meus caros senhores, o Código de Processo Civil é instrumento apenas de realização do Direito Privado. E por isso, os processualistas italianos teorizaram um processo civil nessa perspectiva estreita, estreitíssima, absolutamente inaceitável para o nosso sistema. Nós, no direito público, nos inspiramos na abertura do sistema norte-americano do *Common Law*”. LACERDA. *Teoria geral do processo*, p. 246.

²⁴⁸ ZANETI JR. *Processo Constitucional* - o modelo constitucional do processo civil brasileiro, p. 76.

²⁴⁹ A identificação dessa recepção tardia é bem apontada por ZANETI JR, op. cit., p. 50.

Mas é preciso romper a barreira do Direito Processual liberal, assentado em uma concepção de direito subjetivo que não se coaduna com a garantia dos direitos fundamentais, individuais e coletivos consagrados pela Constituição²⁵⁰. É preciso abandonar a idéia de que os direitos sejam pré-existentes, anteriores àqueles produzidos pelo homem, como direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares²⁵¹ e estudar os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva histórica. Deve-se deixar para trás tanto a pretensão de encontro de explicações naturais do direito fundamental, como se natural e inerente ao homem fosse, com fundamentos absolutos; como a concepção positivista, assentada no dogma da legitimação na lei e na Constituição.²⁵² O direito fundamental deve ser entendido como um direito conquistado, estudado a partir de uma razão prática.²⁵³ Toma importância, assim a perspectiva de estudo do italiano Norberto Bobbio²⁵⁴ e do belga Chaïm Perelman:²⁵⁵ a busca por fundamento dos direitos fundamentais, qualquer que seja esse, não pode ser a busca por um fundamento absoluto.

²⁵⁰ É o nominalismo de Guilherme de Occam, que dá origem ao individualismo que levaria ao desenvolvimento da ideia de direito subjetivo referida. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

²⁵¹ Essas idéias, vale lembrar, são decorrentes da influência do pensamento iluminista da Revolução Liberal. A razão era o centro de todo o pensamento, que se fundava no racionalismo e individualismo, procurando afirmar o indivíduo em face do Estado, em razão de práticas arbitrárias até então observadas. A partir desse ponto de vista, os direitos humanos seriam direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares. RAMOS, André de Carvalho, Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional, p. 37. REIS, Marcio Monteiro, Moral e direito – a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin, in TORRES, Ricardo Lobo (org) *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Conferir também PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 9.

²⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. Nesse sentido, o fundamento dos direitos fundamentais - na perspectiva da posituação do direito, ou direitos humanos, dentro de uma ordem internacional – está na existência da lei positivada, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as regras estabelecidas na Constituição. Sua justificação se dá, portanto, através de sua validade formal.

²⁵³ SOUZA, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (dir), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

²⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²⁵⁵ Perelman sustenta que nessa procura se deve partir do reconhecimento da prioridade da dialética, sempre cotejando o objeto a ser fundamentado com a “experiência moral, com as reações de nossa consciência”. Lembra que “o que constitui um fundamento suficiente, em dado momento, pode não apresentar as características de um fundamento absoluto, que descartaria para sempre qualquer contestação a esse respeito”. As teorias que procuram uma formulação absoluta negligenciam “o interesse de um fundamento suficiente, que descarta uma dúvida ou um desacordo atual, mas que não garantiria, de uma vez por todas a eliminação de todas as incertezas e de todas as controvérsias futuras”. O fundamento, seja ele qual for, manifesta e deve manifestar o seu aspecto “pessoal, histórica e metodologicamente situado”, e, nesse entender, não só as proposições jusnaturalistas, mas também a proposição positivista mereceu as críticas de Perelman, ao dizer que: o próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tirariam, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Para Chaïm Perelman, a fundamentação jusfilosófica dos direitos do homem, assim como qualquer construção da filosofia, deve situar-se na idéia do razoável.²⁵⁶ Certo é que o razoável depende de uma perspectiva histórica de uma dada comunidade²⁵⁷ e, assim, os direitos não são obra de um momento legislativo único. Uma vez que parte da dialética do razoável, o direito não se restringe a uma escolha decisória do legislador. É a expressão, por meio da linguagem normativa, de uma vontade popular que representa aquilo que o indivíduo e a sociedade entendem por ser o ideal relativo ao homem e a sua dignidade. É a concretização de um processo de evolução histórica, de um paradigma ideológico político-normativo.

Essa mesma idéia faz parte da teoria de Norberto Bobbio, segundo o qual os direitos fundamentais não possuem origem natural, mas histórica, como resultado da evolução do pensamento humano contra práticas de poder arbitrárias. Para ele os direitos do homem, “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas”. Ora, nessa linha de entendimento, os direitos fundamentais “nascem quando devem nascer” e, portanto, não há como se falar em um fundamento absoluto.²⁵⁸ Assim, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.²⁵⁹

Desse modo, faz-se necessário, de início, reconhecer que os titulares de direito individual não são mais o único objeto das relações jurídicas. O Código Civil de 1916 procurou expressamente acabar com as ações coletivas, código privado que era, de índole

²⁵⁶ Idem, p. 400.

²⁵⁷ Ou ainda, “comum a um auditório universal racional”. PERELMAN. *Ética e direito*, p. 394.

²⁵⁸ BOBBIO. *A era dos direitos*, p. 24- 26. Também assim apresenta a idéia da conquista histórica dos direitos fundamentais, Angel Rafael Marino Castellanos, do Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, ao dizer que: “los Derechos Humanos no son patrimonio de un tipo determinado de sociedad, ni fueron inventados por ningún Estado en particular; simplemente constituyen patrimonio de la humanidad, el fruto histórico de largas e sufridas luchas contra regímenes explotadores, despóticos, colonizadores y tiránicos; y en cada etapa de la historia universal se han ido incorporando nuevos elementos, hasta llegar a conformarse hoy como un todo”, CASTELLANOS, Angel Rafal Marino e TERRURÓ, Suzana Maria da Glória, La triple dimension de los derechos humanos, in ABREU, Carlos Eduardo de e ARAUJO, Nadia de (org.) *Os direitos humanos e o direito internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 176.

²⁵⁹ A passagem é clássica e é por tantos repetida. BOBBIO. *A era dos direitos*, p. 41-42. O autor sustenta que a procura de um fundamento absoluto é uma ilusão e uma impossibilidade, afinal, a definição a respeito do que sejam “direitos do homem” é deveras difícil, seja por ser essa expressão extremamente vaga e tautológica – contendo termos de avaliação e interpretação próprios da ideologia do intérprete –; seja por conterem esses direitos classes variáveis, cujo elenco modificou-se ao longo dos séculos, com feição historicamente relativa; seja por constituírem classes heterogêneas, cujas pretensões são muito diversas entre si e até mesmo incompatíveis, afinal as razões que valem para sustentar umas não valem para outras. Idem, p. 43.

individualista, com a disposição de seu art. 76, fechando o caminho da ação popular, permitida pelo Direito Romano Justiniano, e aqui admitida em razão da vigência no país das Ordenações Portuguesas.²⁶⁰

A era da codificação e seus códigos - no Brasil, o Código Civil de 1916 e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 - fulminaram a tutela coletiva, por colocar no foco o direito individual, com o Direito Civil considerado o direito por excelência. Com isso, a tensão entre indivíduo e grupo, no Iluminismo, é resolvida em favor do indivíduo, que, acreditava-se, tinha condições de garantir seus direitos, suas potencialidades. Em razão disso, ações de grupo eram consideradas uma usurpação do direito de ação do indivíduo.²⁶¹

O processo coletivo revela as falências do processo individual e tem uma vantagem sociológica, em virtude de sua vocação para atender necessidades sociais. É aí que se relacionam os direitos coletivos e a concepção histórica do fundamento dos direitos fundamentais. Esses surgiram - com uma finalidade eminentemente processual - para garantir tutela a uma gama de situações jurídicas que apesar de tuteladas pelo direito não eram passíveis de ajuizamento nos tribunais, de garantia processual e de juízo.

Mesmo porque, como já se disse, no direito, as modificações não se dão apenas como mera reprodução de entendimentos da ciência do Direito: são o resultado da pressão e dos esforços coletivos, das manifestações dos grupos sociais. E é assim mesmo que as necessidades sociais do pós-guerra - a identificação do desequilíbrio entre os litigantes, a precariedade ou a ausência de possibilidade do acesso à justiça para um grande número de pessoas, por não se saberem possuidoras de direitos ou sabendo, não terem como arcar com os custos ou não terem capacidade organizativa - trouxeram indicativos de que o processo necessitava de mudanças. Indicativos esses veiculados precipuamente por meio de pressões sociais reivindicatórias do reconhecimento de novos direitos.²⁶²

²⁶⁰ SILVA, José Afonso da, *Ação popular constitucional - doutrina e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18-19. MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, ZANETI JR., Hermes, *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 44. DIDIER JR, ZANETI JR. *Curso de direito processual civil - processo coletivo*, p. 25-30.

²⁶¹ MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. GOMES JR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coords.). *Ação popular - Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

²⁶² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 65-68. Diferente não poderia ser, afinal "o mundo jurídico é um *locus* no qual as diferentes classe sociais expressam os seus interesses conflitantes". CAMPOS, Adriana Pereira. Apresentação. In CAMPOS, Adriana Pereira (org.) *Velhos temas, novas abordagens: Historia e Direito no Brasil*, Coleção Rumos da História, vol. 2, Vitória: PPGHIS, 2005, p. 5.

Os direitos coletivos *lato sensu* estão a meio caminho do direito processual e direito material, nascidos em resposta a necessidades da vida e do progresso social. Bastante diferente, então, do conceito de direito subjetivo próprio da tradição romano-germânica, próprio de uma visão individualista do direito.²⁶³

Nessa nova fase do Direito Processual, o processo é reconhecido como entidade histórica e culturalmente determinada e a ciência do processo civil tem perspectiva indubitavelmente constitucional.

Vive-se, hoje, uma era de principalização do Direito. Não há dúvida que estudar Direito é estudar, também, princípios.²⁶⁴ Mas, muito mais do que isso, vive-se, hoje, uma constitucionalização do processo ou, melhor dizendo, uma constitucionalização dos diversos ramos do Direito. Todo ramo tem sua análise ditada pela perspectiva constitucional, por uma interpretação de suas leis e de sua dogmática a partir dos preceitos constitucionais. Na perspectiva atual do processo, deve se ter em mente que a forma é, sim, garantia da Justiça, mas o processo não é um fim em si mesmo.

Afinal, as “promessas do Iluminismo”, inspiradoras da codificação processual brasileira, tão individualista, “não apenas não se concretizaram, como, na realidade, a exclusão social (...) é a negação pura dos ideais de igualdade buscados pelas filosofias políticas do século XVIII”.²⁶⁵ E é a mudança dessa perspectiva - o abandono, pouco a pouco, de tão forte influência e inspiração do liberalismo francês - que afeta toda a estrutura do modelo processual carreado pelo Código de 1973. Com isso se faz referência não somente à introdução da proteção processual aos direitos difusos e coletivos, mas a toda uma mudança quanto à posição das partes no processo, o dever de cooperação, o ativismo judicial, o livre convencimento motivado, o acesso à justiça.

O estudo aqui proposto, então, após estudar os modelos probatórios, pretende agora, baseado em um modelo de prova essencialmente brasileiro - mais do que argumentativo, cooperativo— examinar as peculiaridades da prova e de seus princípios no que concerne às lides coletivas e, de modo particular, interpretar os Anteprojetos de Código de Processo Coletivo e as propostas

²⁶³ ZANETI JR., Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 142.

²⁶⁴ Humberto Ávila afirma que se vive hoje, na doutrina constitucional, como nos ramos de direito público de forma geral, um Estado Principiológico. ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 23.

²⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA. *Processo e ideologia*, p. 199.

de alteração legislativa na matéria, na tentativa de aclarar e construir um regime da prova no processo coletivo nacional.²⁶⁶

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL E SUA REINTERPRETAÇÃO NO CONTEXTO DO FORMALISMO-VALORATIVO

No início deste trabalho, foram apresentadas duas divisões a respeito das fases ou períodos do Direito Processual. Em uma primeira divisão, proposta pela Escola Paulista do Direito Processual, a fase contemporânea do processo civil seria a *instrumentalista ou teleológica*, identificada por intensa preocupação com os escopos do processo, a efetividade e o processo civil de resultados.²⁶⁷

Contudo, o modelo instrumentalista apresenta-se hoje insuficiente. Como bem aponta Gregório Assagra de Almeida sua metodologia voltada de modo destacado para a efetividade, fez do processo carente de soluções que compatibilizassem a técnica processual e a teoria dos direitos fundamentais.²⁶⁸

Hoje, não mais se sustenta a jurisdição como centro da metodologia do processo.²⁶⁹ Na virada do pensamento jurídico, em que se observa a constitucionalização do processo, é esse que ocupa o centro da metodologia. Na fase do formalismo-valorativo, a preocupação é a totalidade formal do processo. Isso não significa ter por foco tão somente a forma, “mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais,

²⁶⁶ Acerca dos Anteprojetos, cabe uma digressão temporal. Em 1993, Antonio Gidi, iniciou a elaboração do que seria o primeiro código modelo de direito coletivo, em sua obra *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas - o Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito*, divulgado no Brasil, pela Revista de Processo, no ano de 2003. O autor o denomina Anteprojeto Original, segundo ele, em razão de sua proposta pioneira de codificação da legislação coletiva, apresentada, no ano de 2002, aos demais co-relatores do Anteprojeto de Código Modelo Ibero-Americano Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Cf. GIDI, Rumo a um código de processo civil coletivo, p. 12. O citado projeto se encontra publicado, dentre outras obras, em: GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito*. Revista de Processo, São Paulo, ano 28, n. 111, 2003, p. 192-298; MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 757-776; DIDIER, Jr., ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, Anexo I. O trabalho do autor também pode ser encontrado publicado em outros países e idiomas, disponível em: <<http://ssrn.com/author=564684>>, acesso em: 20 jan. 2008. Neste trabalho são usadas as seguintes denominações: CM-GIDI - Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antônio Gidi; CM-IIDP- Anteprojeto de Código de Processos Coletivos para Ibero-America; CBPC – IBDP - Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; CBPC – UERJ/UNESA - Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

²⁶⁷ Supra, Capítulo 1, item 1.1.1.

²⁶⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 132.

²⁶⁹ ALMEIDA. op. cit, p. 138. ZANETI JR. *Processo constitucional*, capítulo 4, passim.

coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”²⁷⁰, ciente de ser o próprio processo o centro, o Direito Processual em si, como instituição constitucionalizada que é.²⁷¹

A virada está em analisar o processo a partir da ótica constitucional e, em consequência disso, entender sua inarredável configuração como um direito fundamental e adequar a instrumentalidade às premissas do processo constitucional.

A partir de 1985, com a coletivização e a tendência à efetividade no processo e, em 1998, com a constitucionalização do processo a aproximação do sistema de *Common Law*, a proteção do hipossuficiente, as ondas de acesso à justiça, a fisionomia do processo no país começou a se modificar.

Giovanni Verde²⁷² trata da influência da Constituição na disciplina do processo e lembra que os princípios fundamentais desse são interdependentes. Soma-se a esse ensinamento, aquele de Mauro Cappelletti, segundo o qual “é preciso usar os direitos fundamentais como programa de reformas e método de pensamento”.²⁷³ Assim, nessa influência da Constituição sobre o processo, na interdependência dos princípios e na primazia dos direitos fundamentais no pensamento jurídico, forçoso é reconhecer e assumir o processo como direito fundamental.

Estabelecidas as premissas a informar a metodologia do presente estudo, assentando como a fase atual do processo o formalismo-valorativo, uma segunda série dessas deve ser formulada, por também apresentarem-se essenciais ao entendimento da questão da prova nos processos coletivos.

2.1.1 O Microsistema do Direito Coletivo

Nessa segunda ordem de premissas, referentes aos princípios informadores do processo coletivo, deve-se partir, obviamente, da sistemática aplicada às leis do processo coletivo. Com

²⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, p. 8-9.

²⁷¹ ALMEIDA. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 138-139, nota 31. O autor mineiro vê no período “a nova fase a ser implantada do *garantismo-constitucional processual fundamental* não nega a metódica pluralista e aberta conquistada pela fase instrumentalista, mas pretende redirecioná-la e revisita-la com base nas duas premissas anteriores, quais sejam: o direito processual é que é uma instituição constitucionalizada; o seu estudo, a sua reforma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutora a *teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais e interpretações dela decorrentes*”. Idem, p. 140.

²⁷² VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª. ed. atual., vol 1. Napoli: Jovene, 2002, p. 3 e 6.

²⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*, trad. Hermes Zaneti Jr.. *Cadernos de Direito Processual - teoria geral do processo civil constitucionalizado*, n. 2, Vitoria: Heliograf, 2008, p. 375-394.

isso, faz-se clara referência ao que se convencionou denominar de *microsistema* do direito coletivo.²⁷⁴

Ao contrário dos Códigos brasileiros, influenciados pela era da codificação européia e pelos ideais liberais e iluministas, de cunho evidentemente individualista, a realidade da sociedade de massas trouxe necessidades próprias e, especialmente, a necessidade de superação dessa verve do processo individual, bem como de qualquer codificação que se pretenda rígida e abrangente de todos os pontos referentes à matéria nela tratada.

Por isso, a sistemática do processo coletivo é representativa da era da descodificação²⁷⁵, com o surgimento de leis esparsas tratando de mesma matéria, sem, contudo, possuir pretensões de exaustão do tema e com o reconhecimento da impossibilidade de regulamentação de toda a matéria de direito em um único documento legislativo.

Como tal, possui princípios próprios que levam, especialmente, a uma interpretação aberta – com normas interpretáveis, com espaço de manobra –, diferente da sistematização fechada dos códigos, vistos como completos e únicos.

Fala-se, então, no microsistema do processo coletivo - composto, especialmente, pelas seguintes leis: Lei de Ação Popular – Lei nº. 4717/65, Lei de Ação Civil Pública – Lei nº. 7347/85, Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8078/90, dentre outras como a Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº. 8429/92, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº. 8069/90 e o Estatuto do Idoso - Lei nº. 10741/2003.

Por possuir inteligência, lógica e princípios próprios permite apenas a aplicação residual do Código de Processo Civil, tão somente, então, na existência de omissão daquele, na ausência de “paradigma legal dentro do conjunto de normas do *microsistema coletivo*” e apenas, portanto, quando não contrariar o sentido e os princípios daquele.²⁷⁶ Não se diz, assim, de uma aplicação subsidiária.²⁷⁷

²⁷⁴ MAZZEI. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva, p. 413. DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 49.

²⁷⁵ A esse respeito conferir IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

²⁷⁶ MAZZEI. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva, p. 413.

²⁷⁷ ALMEIDA. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 67. O autor mineiro fala então na necessidade de uma “*regra da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum*”. Para ele a aplicação subsidiária somente é possível se não ferir as disposições dos diplomas do microsistema - compatibilidade formal – nem impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva – compatibilidade substancial ou teleológica. Diz mais, também somente é admitida até que seja editado eventual Código de Processos Coletivos.

A conceituação de um microssistema de processo coletivo não se afigura tão somente no plano da doutrina processual, tendo sido expressamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria do Min. Luiz Fux.²⁷⁸

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

(REsp 510150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004 p. 173)

Criticável, portanto, a regra do CBPC-IBDP (art. 49)²⁷⁹ que manda aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil ao processo coletivo, sem estabelecer, contudo, regras limitadoras claras dessa aplicabilidade. Afinal, por se tratar de um código liberal individualista, sua aplicabilidade não pode ser tida por subsidiária, nem mesmo ser permitida sem a limitação necessária ao processo coletivo, sem que isso acarrete danos à proteção dos direitos coletivos. A aplicação deve ser residual e não subsidiária. A interpretação de regras processuais coletivas e a criação de um Código de Processos Coletivos devem acompanhar o modelo constitucional do Direito Processual, rompendo, então “com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do CPC”.²⁸⁰

Também merece críticas a regra agora veiculada pelo art. 71 da Reforma da Lei de Ação Civil Pública, que revoga a Lei de Ação Civil Pública e do Título III do Código de Defesa do Consumidor – previsão também carregada no CBPC-IBDP. Os dispositivos caminham no sentido contrário da exegese do microssistema, valendo-se do processo civil individual não de forma residual, mas como primeiro recurso, como a primeira classe de normas a ser utilizada.

Estabelecer a noção de pertencerem os processos coletivos a um *microssistema* com metodologia própria e diversa do processo civil tradicional importa ao estudo de vários dos institutos objeto deste trabalho. Na disciplina da coisa julgada, por exemplo, o regramento trazido pelo Código de Defesa do Consumidor não permite a aplicação das regras tradicionais do Código de 1973. Também no que concerne ao ônus da prova, haverá tratamento próprio que implicará nova interpretação das regras tradicionais e não irá admitir a leitura do art. 333

²⁷⁸ RESP 510150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p.173.

²⁷⁹ Art. 49 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

²⁸⁰ ALMEIDA. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 155-157.

senão à luz de princípios próprios do processo cooperativo.²⁸¹ Tudo isso como será visto adiante no texto.

Fixada a idéia de microsistema e lembrando a conformação constitucional do processo antes citada, importa tratar dos princípios a ele aplicáveis, mais especificamente daqueles princípios que acabam por informar a análise do regime da prova nos processos coletivos: princípio do contraditório, ativismo judicial, a instrumentalidade das formas e o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo e a cooperação.

2.1.2 O Princípio do Contraditório

Para falar de contraditório e traçar a sua atual configuração é preciso, antes, fazer algumas considerações a respeito do princípio do acesso à justiça. É de tal maneira importante justamente pelo fato de que a própria noção de direitos coletivos nasce para garantir o acesso à justiça de situações que antes não encontravam guarida no judiciário. Ademais, entendendo-o de modo mais preciso e mais específico e tendo por subprincípio a idéia de máxima efetividade ou acesso eficaz à justiça, ele se torna fundamental ao estudo da prova. Isso porque, a violação ao direito à prova, em qualquer nível, é verdadeira violação ao acesso à justiça, uma vez que poderá comprometer a própria utilidade da tutela judiciária.²⁸²

É certo que hoje, os novos paradigmas processuais, as mudanças de interpretação e as reformas dão-se, especialmente, em razão da tensão entre efetividade e segurança. E diferente não é com a prova. Contudo, alguns fatores, na conjuntura atual acabam por determinar “maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança” e, como cita a doutrina, um desses fatores é “a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais”.²⁸³

²⁸¹ DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 311.

²⁸² KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In FUX, Luiz et alli (coord.) *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 943. No mesmo sentido SOARES, Fabio Costa. *Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006.

²⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, p. 16.

Inseridos no contexto do Estado Democrático de Direito, efetividade e acesso a justiça só se observam com a garantia de uma “completa “igualdade de armas””.²⁸⁴ Destaque, conseqüentemente, deve ser dado ao princípio da participação.

Na sistemática processual essa participação é identificada, principalmente, pela aplicação do princípio do contraditório. Contudo, em matéria de processos coletivos, a extensão do princípio não se encerra aí. Neles deve se pressupor que, além da amplitude participativa do debate judicial, desenvolvida por meio do contraditório, o direito à participação resolve-se pelo próprio processo. Ora, isso quer dizer que a permissão de acesso à justiça pelos cidadãos utilizadas as ações coletivas e populares é “autêntica via de participação popular”, é representação da democracia participativa e “incremento da participação direta no poder e na vida social”.²⁸⁵

Em relação, agora, à participação no processo como atuação das partes e do juiz, é de se ressaltar que, no formalismo-valorativo, essa participação envolve: “distribuição dos poderes, faculdades e deveres, das partes e do juiz, a ordenação e a disciplina do procedimento, o dever de colaboração e cooperação das partes e do juiz”.²⁸⁶

Afinal, se processo é procedimento em contraditório, com Fazzalari, todo estudo do processo deve levar tal princípio em consideração. Nos processos coletivos o respeito ao contraditório toma formas importantíssimas. Afinal, em razão da legitimação por substituição processual, os titulares do direito coletivo *lato sensu*, não se apresentam em juízo.

Inexistente uma análise judicial da adequada representação²⁸⁷, a fim de evitar o conluio entre partes, buscar sempre a máxima efetividade da tutela coletiva e orientado pelo interesse em uma sentença que analise verdadeiramente o mérito, deve-se garantir o total respeito à

²⁸⁴ CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*, p. 15.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil*, vol. 1 - teoria geral do processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 429. PASSOS, J. J. Calmon de. *Processo e Democracia*. GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (coord.), *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

²⁸⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, 2008, p. 116.

²⁸⁷ Nos processos coletivos das *class actions* o devido processo legal, no seu particular aspecto de direito a ser ouvido em juízo, é representado pela regra da *adequada representação*. “En las *class actions*, se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes em juicio a través de la figura del representante, que funciona como una espécie de “portavoz” de los intereses de grupo. El derecho de ser ouvido em juicio se reduce entonces al derecho de ser oído a través del representante”. GIDI, Antonio, Las acciones colectivas en Estados Unidos. In GIDI, Antonio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *Procesos Colectivos*, - la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2004, p. 6.

igualdade (substancial) de armas e oportunidades entre as partes no processo,²⁸⁸ ao contraditório.

O alcance do princípio do contraditório, hoje, vai muito além do que se construiu ao longo da história. Retoma parte de sua origem, em que considerado imanente ao próprio processo e deixa de lado sua concepção positivista, que dele retirou seu conteúdo ético, ideológico e axiológico e que, não raro, colocou-o em papel de categoria secundária. Referida concepção, tomada pelo princípio nos anos 30, nada tem com aquela clássica e, ao considerar que uma nulidade em relação a esse não afeta o fim do processo, acabou por fazer o princípio “afundar”.²⁸⁹ Até então, o contraditório estava vinculado à atividade das partes e não se estendia ao atuar do magistrado, em uma redução do alcance da garantia.²⁹⁰

Na ciência processual dos dias atuais, busca-se a recuperação da “idéia clássica do contraditório e, portanto, uma sua utilização como núcleo central do processo”. Com a retomada do pensamento clássico, tópico-retórico, retomou-se, também, o interesse pelo “mecanismo de formação do juízo e, antes de tudo, pelo contraditório e pela colaboração das partes na pesquisa da verdade” e a elevação do princípio do contraditório à garantia constitucional,²⁹¹ a “valor-fonte” que direciona a convergência de toda a prática jurídica processual.²⁹²

Além da visão de ser ele o direito a uma audiência jurídica, o direito a ser ouvido, respondendo aos argumentos da parte contrária, a extensão do princípio hoje é ainda maior, e compreende a noção de direito e de dever. Direito que é muito mais do que reação a posições desfavoráveis, mas também direito de influência.²⁹³ Desse modo, entende-se que o objetivo central da garantia não é a defesa como reação, resistência ou oposição, ou a defesa em sentido negativo, “mas sim a “influência” entendida como *Mitwirkunsbefugnis* ou

²⁸⁸ MARCATO. O Princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses individuais, p 299.

²⁸⁹ PICARDI, Nicola, Il principio del contraddittorio, *Rivista di diritto processuale*, anno 53, n.3, pp. 673-681, 1998, p. 674. “Nel diritto comune, la manipolazione di qualche testo sacro, aveva permesso di elevare Il contraddittorio a simbolo dei diritti naturali. (...) Ancora nell’800, nella letteratura europea, si soleva ripetere che Il contraddittorio trova il suo fondamento in un “principio de ragione naturale”; lo si ricollegava alla natura delle cose e lo si considerava, quindi, “immanente” al processo stesso”. Idem, p. 677. “il difetto del contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso lo scopo del processo”.

²⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, O juiz e o princípio do contraditório. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993, p. 31.

²⁹¹ PICARDI. op. cit., p. 677. “un recupero dell’idea classica di contraddittorio e, quindi, una sua utilizzazione quale nucleo centrale del processo”. Continua o autor, “dell’interesse del giurista per i meccanismi de formazione del giudizio e, primo fra tutti, per Il contraddittorio e la collaborazione delle parti nella ricerca della verità”. Idem, p. 678.

²⁹² ZANETI JR. *Processo constitucional*, capítulo 4, especialmente p. 194.

²⁹³ CABRAL, Antonio do Passo, Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito, *Rivista di diritto processuale*, anno 60, n.2, pp. 449-464, 2005, p. 450.

Einwirkungsmöglichkeit, ou seja, como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda”.²⁹⁴

Compreender o contraditório como direito de influência além de direito de expressão, faz surgir verdadeira vinculação do juiz ao princípio e um dever de atenção de sua parte, no sentido de instaurar um verdadeiro debate judiciário sobre as questões discutidas no processo. Desse modo, a decisão que apresenta apenas a tese da qual derivou a fundamentação pode até atender a pressupostos lógicos de racionalidade, mas não respeita as exigências político-jurídicas, não sendo considerada efetivo respeito ao princípio.²⁹⁵

O contraditório, assim entendido, representa a expressão da democracia deliberativa e participativa do processo, além de representar a dimensão discursiva desse. Afinal, ao examinar todas as teses, a decisão atesta ter sido “condicionada ao discurso” judicial, condição que será atestada por meio da motivação judicial, também princípio constitucional do processo. Por isso, se diz que a possibilidade de participação deve ser real e não só formal, de modo a atender ao princípio da igualdade substancial.²⁹⁶

Inserido na concepção de direito de influência e dever de debates, o verdadeiro respeito ao princípio aqui discutido só se observa com a adoção de medidas que impeçam a surpresa aos litigantes. Por esse motivo se interpreta o princípio e diz-se ter ele como consequência uma proibição do juízo cível de “*terza via*”,²⁹⁷ por impedir que o juiz aplique, em sua decisão, visão jurídica não discutida no processo.

Ou, ainda, de acordo com a doutrina brasileira, a *proibição da surpresa*, baseada na idéia de que o processo não é um monólogo, mas tem dinâmica dialética e, portanto, sua decisão não pode se apoiar em visão jurídica de que as partes não tenham se dado conta ou que tenha sido por elas considerada insignificante. Quando esse o caso, “o tribunal deve dar conhecimento de

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 260.

²⁹⁵ MARINONI. *Novas linhas do processo civil*, p. 261.

²⁹⁶ A expressão é de CABRAL. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito, p. 457, no original “comunque la decisione è stata condizionata dal discorso”. Ainda no tema, “se é verdade que democracia quer dizer, antes de mais nada, participação, e se também é verdade que o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do *judicium*, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte esteja privada dos meios necessários para participar de forma efetiva. Um processo em que a parte não possa participar efetivamente configura um atentado contra tudo aquilo que se tem de mais essencial no processo jurisdicional”. MARINONI. *Novas linhas do processo civil*, p. 252.

²⁹⁷ MONTESANO, Luigi, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”, *Rivista di diritto processuale*, anno 55, n.4, pp. 929-947, 2000, p. 930. “non solo siano garantiti a queste il contraddittorio e la difesa di fronte a provvedimenti del giudice contrari alle loro richieste, ma pure, all’interno dell’iter formativo del provvedimento in tutto o in parte conclusivo del processo e incidente sui contrapposti interessi sostanziali, come strumento essenziale, fra l’altro, a che il giudice sia “terzo e imparziale”.

qual direção o direito subjetivo corre perigo”. Como consequência, da sentença só poderão constar como fundamentos os “fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição.” ²⁹⁸

Desse modo, mesmo quanto a questões apreciáveis de ofício, há um dever de comunicar às partes para se manifestarem sobre fato que o magistrado venha a apreciar sem que tenha havido iniciativa da parte. O raciocínio é no sentido de que, se não pôde a parte manifestar-se acerca de fato que o juiz conheceu de ofício, não houve poder de influenciar na decisão, motivo pelo qual restará violada a garantia. Isso porque “poder agir de ofício é poder agir sem provocação, sem ser provocado para isso; não é o mesmo que agir sem provocar as partes. Este poder não lhe permite agir sem ouvir as partes” ²⁹⁹

Essa perspectiva muito importará ao estudo da prova nos processos coletivos quando da análise do ônus probatório, sua distribuição e inversão, uma vez que neles a igualdade substancial depende de se equalizar uma relação que, fora do processo é desigual. Também porque, reconhecidas as diferentes necessidades dessa espécie de processo e a evidente desigualdade entre os litigantes da maioria deles, necessárias são alterações na balança a fim de garantir a verdadeira igualdade e o contraditório efetivo.

E não é só. A situação merece cuidados ainda maiores. Em sede de ônus da prova - como será tratado em tópico próprio - o juiz deverá dirigir os trabalhos de forma a não surpreender as partes com sua distribuição, quando utilizado como regra de julgamento, sem que essas tenham oportunidade de exercer o direito à prova em sua plenitude.

2.1.3. O Ativismo Judicial e o *Public Law Litigation*

Somada a esse princípio tem-se uma nova visão da atividade do juiz, mudança bastante influenciada pelo modelo norte-americano das *class actions* e nos processos de interesse público, em que “o juiz é a figura dominante na organização e direção do caso, e ele demanda o apoio não só das partes e seus procuradores, mas numa grande variedade de pessoas fora do processo”. ³⁰⁰

²⁹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA. O juiz e o princípio do contraditório, p. 34-35.

²⁹⁹ DIDIER JR., Fredie, *Curso de direito processual civil* – teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. Ed, vol. 1, Salvador: Juspodium, 2008, p. 48

³⁰⁰ “The judge is the dominant figure in organizing and guiding the case, but on a wide range of outsiders – masters, experts, and oversight personnel”. CHAYES. The role of the judge in public law litigation, p. 1284. Ainda sobre as class actions e o princípio GIDI. Las acciones colectivas en Estados Unidos, p. 7. O autor

Há, então, uma importante e certamente necessária revalorização da função criativa do juiz³⁰¹ e sua maior participação nos processos coletivos, tanto no que concerne à instrução processual – ativismo judicial em matéria probatória ou *case management* –, quanto à implementação de políticas públicas – ativismos como intervenção em políticas públicas ou *Public Law litigation*.

As necessidades coletivas fizeram do processo civil, *processo civil de interesse público* e, assim, o tratamento processual coletivo tem por objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos na lei e na Constituição. A aplicação da lei nesses processos é a implementação das opções já consagradas entre vários interesses convergentes,³⁰² e, nesse sentido, surge a necessidade de se alcançar uma *máxima efetividade do processo coletivo*, uma vez que a prestação jurisdicional não se restringe à adjudicação da situação levada a juízo, e a decisão pode ter influência na implantação de políticas públicas.³⁰³

Nesse sentido, o ativismo judicial é essencial nos processos coletivos em que, a exemplo dos processos de um ideal coordenado de administração da justiça, são implementadas políticas públicas e criados precedentes de caráter substancial que regulam as relações sociais.

A inspiração é do *public Law litigation* – idéia em que Abram Chayes lembra a necessidade de abandonar a tradição processual individual do *Common Law* de que o processo é algo iniciado e controlado pelas partes. Afinal, muitos dos casos vão além das partes e envolvem interesses supra-individuais, que demandam um juiz mais ativo, acrescidas suas funções e seus poderes³⁰⁴, e o reconhecimento de sua função como criação de normas.³⁰⁵ Tudo isso, obviamente, condicionado pelos deveres impostos pela garantia do contraditório, da motivação das decisões e da publicidade do processo.

ressalta, ali, que o processo de certificação das ações coletivas nos EUA exige o acompanhamento atento pelo juiz de todas as fases do processo e, principalmente, da atividade do representante e seu advogado. É o reforço do ativismo judicial, bem como da necessidade de garantir a efetiva defesa dos direitos em juízo, com a participação ativa do juiz na avaliação do efetivo exercício de tal defesa por parte do representante adequado, com o devido monitoramento, “a través de un control ejercido *ex officio*”.

³⁰¹ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 96.

³⁰² SALLES. *Processo civil de interesse público*, p. 62.

³⁰³ GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, p. 48.

³⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos, Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Temas de direito processual*, quarta série, p. 45-51, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 49. “O incremento dos poderes judiciais acompanha a passagem de um Estado Liberal a um Estado com preocupações sociais, ‘empenhado em avançar da igualdade puramente formal até algo que se aproxime, tanto quanto possível, de uma igualdade substancial.’”

³⁰⁵ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a Jurisdição. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-32., p. 15 Couture também é adepto do processo como “instrumento de produção jurídica” e a função criativa do juiz: “a sentença não é um pedaço de lógica, tampouco uma norma pura. A sentença é uma obra humana, uma criação da inteligência e da vontade, ou seja, uma criatura do espírito do homem” COUTURE. *Introdução ao estudo do processo civil*, p. 44.

O ativismo judicial é ponto polêmico em ambas vertentes apresentadas. Nessa primeira, o *public Law litigation*, discute-se se não haveria ingerência do Poder Judiciário em função precípua da Administração Pública. Contra interpretação nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de relatoria do Ministro Luiz Fux:

Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. 2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência." "Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde." (...) 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. (REsp 577836/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 28/02/2005 p. 200)

Conclui-se, então, que ingerência não há desde que a decisão não represente *meras diretrizes em políticas públicas*, visto que essas foram deixadas à conveniência e oportunidade dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, uma vez existente um direito assegurado na Constituição e na lei infraconstitucional, a atuação do Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.³⁰⁶

A outra vertente do ativismo está na instrução probatória. Em razão do forte interesse público primário nessas espécies de causas, é preciso que os esforços para o alcance da verdade processual contem com maior atividade do juiz e esgotem, assim, as possibilidades probatórias com vistas a uma decisão que examine o mérito.³⁰⁷

³⁰⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 128-129.

³⁰⁷ ALMEIDA. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 65-66.

A admissibilidade dessa forma de ativismo judicial, porém, não está isenta de críticas. Pelo contrário, o campo é polêmico, em função, especialmente, de conceituação confusa do princípio dispositivo. Importante, então, situá-lo. O chamado princípio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) corresponde ao domínio, pelos litigantes, do interesse privado³⁰⁸ e se aplica à propositura da demanda e à fixação dos seus limites.

Contudo, na condução formal do processo – o seu modo, seu impulso e seu ritmo –, a regra é o impulso oficial, a manifestação do poder do juiz. Mas há ainda a condução material, no que tange ao objeto do litígio. Fala-se, assim, em princípio dispositivo em sentido formal (condução formal do processo), e em sentido material. A divisão do princípio é proposta de Mauro Cappelletti: a definição de princípio (e processo) dispositivo em sentido material (ou próprio) para aquele com o qual se indica a existência de um poder exclusivo da parte em pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto do litígio (o *Dispositionsprinzip* alemão); e princípio (e processo) dispositivo em sentido formal (ou impróprio) para aquele, de outro lado, que se refere a iniciativas das partes em relação a técnica e o desenvolvimento interno do processo e em especial a escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial, incluindo a prova (a *Verhandlungsmaxime*).³⁰⁹

Quanto ao objeto do litígio, então, não pode o juiz intervir. Mas, na condução do processo e isso inclui a prova, poderá haver intervenção.³¹⁰ Nesse ponto, o princípio a ter aplicabilidade é o dispositivo em sentido formal. Ou seja, no que se refere ao material probatório, à introdução de prova dos fatos no processo, aplica-se o princípio da aportação da prova (*Verhandlungsmaxime*).³¹¹

Quando considerado aplicado o princípio dispositivo em sede de prova, naquela concepção clássica, sustenta-se inadmissível a intervenção do juiz, razão pela qual deve ele ter posição passiva. Os fundamentos dessa proibição comumente levantados são a incompatibilidade da iniciativa do juiz com o direito de prova das partes, a inadequação ao caráter provado do objeto litigioso, a existência de interesse único das partes à obtenção de resolução favorável, a proteção ao instituto do ônus da prova, a imparcialidade. Há, na verdade, além de aplicação

³⁰⁸ PICO I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996, p. 209. O primeiro princípio tem por conteúdo: início (impulso) do ato jurisdicional; determinação do objeto do processo (pedido e causa de pedir); relação de congruência entre tutela concedida e pedido; possibilidade de finalização do processo por ato dispositivo da parte. Idem, p. 212-213.

³⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile), Parte Prima, 2ª ed., Milano: Guiuffrè, 1962, p. 358.

³¹⁰ CAPPELLETTI. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 123-125.

³¹¹ PICO I JUNOY. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 209.

indevida do princípio, uma exacerbação da garantia da imparcialidade do julgador, tomada erroneamente por neutralidade.³¹²

Em verdade, na interpretação dos princípios dispositivo, inquisitivo e da aportação da prova e na confluência das duas formas de condução do processo – formal e material – não há incompatibilidade entre o caráter disponível da tutela “que repudia a instauração de processos de-ofício pelo juiz; e o *princípio inquisitivo*, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado”.³¹³

A intervenção do juiz em matéria de prova é representação dos princípios citados e é admissível tanto como forma de “permitir a adequada formação da convicção do julgador”,³¹⁴ quanto por haver dever do juiz de informar às partes de erro na solicitação de prova, no contexto do processo cooperativo.³¹⁵

Esses poderes do juiz não passaram despercebidos pelo Superior Tribunal de Justiça que já os reconheceu em decisões como o Recurso Especial 151924/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi³¹⁶, bem como o REsp 17591/SP, relatado por Sálvio de Figueiredo Teixeira.³¹⁷

³¹² Idem, p. 232-242.

³¹³ DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 233. Em complemento anota: “No processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo. Ele tem o dever não só de franquear a participação dos litigantes, mas também de atuar ele próprio segundo os cânones do princípio do *contraditório*, em clima de ativismo judicial (*supra*, n. 88). Repudia-se o *juiz Pilatos*, que deixa acontecer sem interferir”. Idem, p. 234.

³¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.

³¹⁵ PICO I JUNOY. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p.225-230. Como destaca o autor, essa possibilidade se fundamenta nas seguintes condições: há desproporção entre o erro processual da parte que não solicita a prova e a consequência jurídica da não sua não produção, há dever constitucional dos órgãos jurisdicionais em garantir a efetividade aos direitos fundamentais e a tutela judicial; o direito á prova deve incluir direito a sanar erros na sua postulação. Mas, para ele, há limites para essa iniciativa. Sustenta que somente é possível uma vez que às partes caberiam as fontes de prova e ao juiz caberiam os meios. A iniciativa estaria, então, limitada: a prova deve limitar-se aos fatos controvertidos ou discutidos pelas partes, as fontes de prova a respeito das quais terá lugar a atividade probatória devem estar contidas no processo, a prova deve ser produzida sob contraditório e ampla defesa. Idem, 260-271.

³¹⁶ Recurso Especial. Processual Civil. Prova. Produção. Iniciativa. Princípio dispositivo. Igualdade das partes. Ordem de oitiva das testemunhas. Admite-se no processo moderno a iniciativa probatória do juiz, pois a efetividade do processo e a absorção do conflito no plano social depende de uma decisão cunhada a partir do princípio da verdade real dos fatos. Tal poder, entretanto, deve ser exercido, sem que o julgador desmereça dos demais princípios que norteiam o processo civil. (REsp 151924/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2001, DJ 08/10/2001 p. 210)

³¹⁷ O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicação do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descurado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse. (REsp 17591/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 07/06/1994, DJ 27/06/1994 p. 16982)

Com isso, nas lides coletivas – bem como também tem ocorrido no processo de lides individuais - o princípio inquisitivo ganha espaço, com um papel mais ativo do juiz e com o abandono da conformação privada da prova, própria de uma visão duelística do processo. Tem-se, assim uma mudança no papel das partes no processo e uma acentuação dos poderes do juiz – que mais ativo, implica certa debilitação do princípio dispositivo e acréscimo da inquisitorialidade.³¹⁸

Representativo dessa nova realidade processual civil, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, a admitir a conduta ativa do juiz, em nome da necessidade de alcance da verdade no processo:

Foi julgada procedente a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Por sua vez, o Tribunal *a quo*, de ofício, anulou-a, para que fosse realizada nova instrução processual, a permitir novamente a submissão ao exame de DNA. Quanto a isso, vê-se que a apuração da verdade real é de interesse não só do autor, mas também do Estado, o que torna imprescindível o exame de DNA diante da incerteza da paternidade. É certo que o CPC acolheu o princípio dispositivo, de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes, porém ele mesmo o abrandou ao permitir a iniciativa probatória ao juiz na busca da verdade real (art. 130 daquele código) (REsp 1010559/RN, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)

2.1.4 O Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito no Processo Coletivo

No regime da prova no processo coletivo – assim como em todo o fenômeno processual - questões meramente formais não devem embaçar a finalidade do processo, o que se leva a ressaltar a posição fundamental da instrumentalidade. A forma, para o processualista moderno é instrumento e deve ser respeitada na medida em que atenda às necessidades do direito e direcionada ao alcance da finalidade do processo, não merecendo respeito como pura e simples forma, mas como meio para atingir um fim. A forma é, sim, uma garantia da Justiça, mas o processo não é um fim em si mesmo.

Mas a instrumentalidade das formas passa a ter conteúdo ampliado, aliada ao que pode ser denominado *de interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*. Tal postura concretiza-se, em primeiro lugar, na disposição referente à coisa julgada *secundum eventum probationis* – cuja intenção é que, no processo coletivo, a sentença, procedente ou

³¹⁸ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do código de proteção e defesa do consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 15, São Paulo: RT, jul/set 1995, p. 68. BARBOSA MOREIRA. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos *Temas de direito processual*, quarta série, p. 45-51, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48-49.

não, seja de mérito e não uma “mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento”.³¹⁹

Gregorio Assagra de Almeida também reconhece a existência de referido princípio, como decorrente do compromisso do Estado Democrático de Direito em transformar a “realidade social e por ser o guardião dos direitos e das garantias constitucionais sociais fundamentais (art. 1º, 2º, 3º, 5º., XXXV)”. O autor o reconhece e traz uma segunda aplicação, no que se refere ao conhecimento de requisitos de admissibilidade processual, segundo o qual não deve o magistrado atentar demais a questões formais quando essas não impeçam o regular andamento do processo, em função da necessidade e do interesse em “enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição”; interesse que não é de decidir de tal ou qual maneira, nem em favor ou desfavor do direito coletivo *lato sensu* pleiteado, mas sim interesse em efetivamente decidir a lide coletiva, enfrentando as questões de mérito.³²⁰

Somado a isso, deve se ter maior atenção, quando da análise dos institutos do processo, a critérios de avaliação que atentem ao aspecto substancial do instituto tratado e não a meras formas ou construções teóricas. Afinal não só as formas “mas também os métodos lógicos empregados para o julgamento exibem valor contingente, a ser estremado consoante as circunstâncias de dado momento histórico, influenciando inclusive na conformação do processo”³²¹.

O ponto de partida é o abandono do formalismo excessivo, pois a solução do processo demanda ainda outra solução, aquela referente ao exame do conflito entre efetividade e segurança, entre “a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional”.³²²

Desse modo, antes de extinguir o processo, o juiz deverá se valer de todos os esforços tendentes a decisão que aprecie o mérito e, inclusive, poderá e deverá notificar co-legitimados e o Ministério Público, para suprir eventuais deficiências ou mesmo assumir o pólo ativo da ação, em analogia ao art. 5º, §3º da Lei de Ação Civil Pública.

³¹⁹ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 118.

³²⁰ ALMEIDA. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 64.

³²¹ ALVARO DE OLIVEIRA. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, p. 12.

³²² Idem, p. 15-16

2.1.5 – O Princípio da Cooperação – Deveres das Partes e do Juiz

Na confluência desses princípios está aquele da cooperação, fundamental ao modelo probatório próprio da atual fase do formalismo-valorativo. Com ele entende-se que partes e juiz trabalham na reconstrução dos fatos e, portanto, são impostos deveres tanto aos primeiros quanto ao segundo. A finalidade é, segundo Miguel Teixeira de Sousa, “transformar o processo civil numa comunidade de trabalho” e responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.³²³

Dentre os deveres impostos ao tribunal (juiz) estão os deveres de esclarecimento, prevenção e consulta³²⁴ e de auxílio. Segundo o primeiro, o juiz deve “esclarecer junto às partes a respeito de dúvidas que tenha a respeito de alegações, pedidos ou posições em juízo”.³²⁵ O dever de consulta envolve a vedação à surpresa, ou seja, não pode o magistrado “decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se.”³²⁶ Além disso, tem face de dever de prevenção: o magistrado tem o dever de apontar as deficiências ou insuficiência das postulações, alegações ou pedidos das partes, para que possam ser supridas.³²⁷ Por último, deve o magistrado auxiliar a parte, na remoção de eventuais obstáculos ao exercício do seu direito.³²⁸

De outro lado, haverá imposição às partes de dever de litigância de boa fé e dever de verdade. Essas devem portar-se sem omitir fatos relevantes ao deslinde da causa. Também a elas se impõe dever de cooperação, segundo o qual não se admite protelação sem fundamento sério do trânsito em julgado da decisão. No tocante à prova, o dever será de prestar a devida colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que for perguntado, submetendo-se às inspeções e atendendo às determinações judiciais nessa matéria, independente de repartição de ônus da prova.³²⁹

Corresponde o princípio ao abandono da concepção do processo liberal, segundo a qual somente às partes cabiam poderes de conduzir o início, o desenvolvimento e o fim do

³²³ SOUSA, Miguel Teixeira. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 86, p. 174-184, abr/jun, 1997, p. 176.

³²⁴ Assim já presente nos ordenamentos alemão, francês e português. Alemanha, § 139 da ZPO; França, art. 16 do CPC francês; Portugal, arts. 3º, 3 e 266 do CPC).

³²⁵ SOUSA, Miguel Teixeira. Aspectos do novo processo civil português, p. 176.

³²⁶ DIDIER JR. O princípio da cooperação – uma apresentação, p. 76.

³²⁷ SOUSA. Aspectos do novo processo civil português, p. 175. DIDIER JR. O princípio da cooperação – uma apresentação, p. 76. DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*.

³²⁸ SOUSA. Aspectos do novo processo civil português, p. 177.

³²⁹ Idem, p. 175-177.

processo, bem como a delimitação de seu objeto, bem como a visão da imparcialidade como neutralidade, de um juiz livre de ideologias, como se em uma redoma estivesse no momento de exercer sua função judicante, despido de toda e qualquer influência e, descomprometido com o resultado do litígio.³³⁰

Afinal, o processo, hoje, depende de um andar e uma construção dialética, como produto da atividade cooperativa em vistas a um “objetivo comum, a prolação do ato final”. Por isso pressupõe, além de poderes do juiz na instrução probatória, à adoção, por parte dele, de uma “posição de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos, quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso”.³³¹

Ora, se a verdade processual depende das argumentações das partes, que trazem o fato ao processo e essa se constrói apenas a partir de um atuar colaborativo, a instrução probatória demanda a aplicação do princípio em comento.

Assim entendido o processo, informado pela cooperação e pelo contraditório, forçoso é reconhecer um verdadeiro direito à prova, que por sua vez, “engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados.”³³²

Na esteira de todo o pensamento aqui construído, o Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública traz como princípio do processo civil coletivo:

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:
VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo;

³³⁰ A esse respeito cf. por todos PORTANOVA, Rui, *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

³³¹ DIDIER JR., O princípio da cooperação – uma apresentação, p. 76

³³² MARINONI. *Novas linhas do processo civil*, p. 261. Sobre o direito a prova, cf. CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; CARNELUTTI, Francesco, *A prova civil*. 2. ed. - Campinas: Bookseller, 2002; PICO I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996; SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba – los grande temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, dentre outros.

2.2 INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS PROBATÓRIAS DO PROCESSO COLETIVO A PARTIR DA RACIONALIDADE DE UM MODELO BRASILEIRO

Dentro do contexto das normas probatórias na perspectiva do formalismo valorativo, informado por uma visão do contraditório que vai além daquela clássica definição de informação-reação, construído agora tanto como direito (de influência) quanto como dever (de debates), faz-se essencial repensar pontos do direito probatório, em especial nas ações coletivas, em que os Anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo procuram refletir – alguns evidentemente refletem, mais do que outros – as evoluções do Direito Processual Civil no tratamento do tema. A intenção aqui, assim, é a de examinar esses aspectos essenciais e peculiares da prova nos processos coletivos, dentro da nova perspectiva do direito probatório iluminada pelos princípios aqui já discorridos.

Em um Estado Democrático de Direito que busca garantir a participação do cidadão, participação essa que, no exercício da função jurisdicional é exercida por meio da garantia constitucional do contraditório, torna-se claro o caráter indispensável da prova, uma vez que é na atividade probatória que essa participação ocorrerá de modo mais evidente. E, se todo procedimento direcionado a buscar a verdade acerca de alegações é vital a uma decisão justa, a prova “decide o processo” e surge como instrumento legitimador justiça da decisão e da coisa julgada.³³³

Assim, há uma estreita relação entre prova, contraditório e poderes instrutórios do juiz, que se resolve e se explica no modelo argumentativo e cooperativo de prova – e de processo – em que a postura ativa do juiz serve tanto a fomentar a atividade probatória quando a promover o elementar e constante debate entre as partes, cuidando sempre pela “promoção de igualdade dos interessados”, e tais poderes, coordenando a atividade das partes com vistas ao contraditório, mitigam as desigualdades.³³⁴

Estabelecido um modelo de prova brasileiro, situado na perspectiva da constitucionalização do processo, em sua fase do formalismo-valorativo e no reconhecimento da historicidade do Direito e da relação entre direito e processo, é preciso ressaltar que aquela antiga concepção da prova, com visão privatista e informada pelo princípio dispositivo é resultado do processo e inspiração iluminista e individual, que muita preocupação tinha com a necessidade de

³³³ ABELHA. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 246.

³³⁴ Idem, *ibidem*.

liberdade das partes na disposição de seus direitos e a pouca intervenção do Estado nessa seara.

Por consequência, defendia-se a não intervenção do juiz na investigação probatória. Contudo, na visão publicista, a informar o processo como um todo e a instrução especificamente, a prova serve ao processo³³⁵, é a ele destinada, com a finalidade de convencimento do juiz com vistas à entrega de uma ordem jurídica justa.

As observações acima feitas, ao assentar a prova como instituto essencial do processo e ao reconhecer a sua conformação pública, levam agora à análise daqueles dispositivos das leis do microsistema do processo coletivo que tratam da matéria, bem como das diversas interpretações da jurisprudência e doutrina. Serão tratados, então, os temas de prova relevantes ao processo coletivo, dentre eles a distribuição dinâmica e inversão do ônus da prova, a regra da exclusão da coisa julgada para os casos de improcedência por falta de provas, o conceito de prova nova a permitir a nova interposição de ação coletiva, a produção extrajudicial de provas e as inovações, tais como a prova estatística ou por amostragem, a utilização do aparato estatal e o custo da prova como estímulo à demanda coletiva.

2.2.1 A Audiência Preliminar e a Fixação do “Problema” no Processo Coletivo

Conforme já delineado anteriormente, com a retomada do pensamento clássico no direito probatório, tomam especial relevância o fato, sua construção e o caráter dialético e problemático do processo. Assim é porque com os estudos hermenêuticos, abandonada foi a divisão estanque entre questão de fato e de direito, o que implica o reconhecimento de que o fato entra no processo moldado pela norma jurídica, em uma relação espiral de influência e interdependência.³³⁶

Em função disso, antes da apresentação das provas dentro do processo, faz-se necessário situar o “problema”, aquilo em torno do qual se construirá a instrução. Apenas após a individualização do *thema probandum* serão apresentadas as provas, a fim de que seja, ao

³³⁵ Diz-se ser destinatário da prova o juiz. Este estudo prefere aquela idéia de ser o processo o destinatário da prova, com finalidade de convencimento do juiz, por acreditar ser tal entendimento condizente com uma visão pública do processo. SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba – los grande temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 20.

³³⁶ A idéia é de Gadamer e sua espiral hermenêutica GADAMER, Hans-George, *Verdade e Método -I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, trad. Flavio Paulo Meurer, 6 ed., Petrópolis: Vozes, 2004. A respeito do assunto, ver também KNIJNIK. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*.

final, realizada a valoração de sua relevância. O *thema probandum* delimita o que deverá ser, em cada processo, matéria de atividade probatória.³³⁷

Certo é que o fato não pode ser conhecido em sua totalidade, e esse chega ao processo por meio de duas etapas. As alegações das partes fixam a controvérsia e formam o *thema probandum*: “este não é uma prova, senão o delineamento de um *thema* de investigação”. A partir dele estarão delimitados os objetos sob os quais recairá a atividade probatória processual e serão, então, produzidas as provas. Afinal, provam-se as alegações e não fatos.³³⁸ A vinculação com o problema determinará a correção do procedimento e da decisão e sua submissão ao discurso

Para decidir se o fato afirmado é verdadeiro (isto é, provado), é necessário que o juiz, numa fase posterior à da alegação, indague, é dizer, coloque em comparação a representação dele, que constitui o tema da indagação, com as representações do mesmo que se recolherão através da experiência dos meios de prova; só se chega a haver coincidência entre aquela e estas, se poderá considerar provado, é dizer, verdadeiro, o fato alegado.

O autor completa com afirmação fundamental: “o juízo definitivo de verdade é, então, o resultado de uma comparação entre a representação de parte (tema) e as representações oferecidas pelas provas (demonstração)”.³³⁹

A estrutura tópico-retórica da instrução probatória permite essa delimitação, e no processo civil brasileiro, as regras probatórias e de procedimento corroboram tal entendimento. A disciplina legal da audiência preliminar abre espaço para a apresentação do problema, a partir da fixação dos pontos controvertidos de acordo com as argumentações até então produzidas pelas partes.³⁴⁰

Nesse contexto, o despacho saneador³⁴¹ toma posição de relevância. A obra clássica na matéria é aquela de autoria de Galeno Lacerda, escrita na vigência do Código de 1939.

³³⁷ ROSITO, Francisco, *Direito probatório* – as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

³³⁸ SENTIS MELENDO. *La prueba* – los grande temas del derecho probatorio, p. 12.

³³⁹ “Para decidir se el hecho afirmado es verdadero, (esto es, probado) es necesario que el juez, en una fase posterior a la de la alegación, indague, es decir, ponga en parangón, la representación de él, que constituye el tema de la indagación, con las representaciones del mismo que se recogerán a través de la experiencia de los medios de prueba; sólo si llega a haber coincidencia entre aquélla y éstas, se podrá considerar probado, es decir, verdadero, el hecho alegado. El juicio definitivo de verdad es una comparación entre la representación de parte (tema) y las representaciones ofrecidas pelas pruebas (demonstración). CALAMANDREI. *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 327-328.

³⁴⁰ ZANETI JR. *Proceso constitucional*, p. 102-103.

³⁴¹ Aqui melhor entende-se por decisão de saneamento. Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz

Naquela oportunidade, referido instituto prestava-se a profundamente sanear o processo, o que quer dizer regularizá-lo, expurgar seus vícios³⁴² e estava assim regulado:

Art. 294. No despacho saneador, o juiz:

I – decidirá sobre a legitimidade das partes e da sua representação, ordenando, quando fôr o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público;

II – mandará ouvir o autor, dentro em três (3) dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido;

III – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará suprir as sanáveis bem como as irregularidades;

IV – determinará exames, vistorias e quaisquer outras diligências, na forma do art. 295.

Parágrafo único. As providências referidas nos números I e II serão determinadas nos três (3) primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior.

Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador:

I – designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes;

II – ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e perito.

A finalidade precípua do instituto, referia então a doutrina, é a de garantir a economia processual. Naquela ocasião, defendia-se que o objeto do saneamento deve ser, tão somente, o conhecimento de questões relativas à legitimidade da relação processual, determinando a continuidade ou a extinção do processo. Providências determinadas nessa ocasião, em referência à disciplina probatória, não constituiriam ato de saneamento e a permissão do Código de manifestações dessa espécie era criticada. As razões da crítica estariam no perigo de um pré-julgamento e de restrição à liberdade de advogados e partes.³⁴³

jamais poderá o juiz substituir-se à parte, no afã de demonstrar a verdade de suas pretensões, e é, precisamente, desse contraditório amplo que brotam argumentos e fatos de excepcional importância para a decisão, de outra forma despercebidos ao julgador. Ele que oriente, investigue, peça esclarecimentos, ordene perícias, examine, mas só cerceie a prova quando a prova for absolutamente impertinente.³⁴⁴

Hoje, a perspectiva do Código é outra. Em sua sistemática, só há um despacho saneador quando, inexistentes vícios ou nulidades insanáveis, o procedimento deve prosseguir para a

fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

³⁴² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2 processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 381.

³⁴³ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990 p. 57 e 94. Acerca de um saneamento antecipado da prova, diz o autor: “De nossa parte, não aderimos à sugestão. As condições atuais do processo já se distanciaram da prática formulária: 1º) porque não há mais necessidade de declaração prévia, em tese, do direito – o juiz de hoje não se confunde com o magistrado-legislador da fórmula; 2º) porque, diante da complexidade das relações jurídicas atuais e de difíceis problemas de hermenêutica, essa declaração constituiria pré-julgamento perigoso; 3º) porque nem toda prova se produz na fase dita instrutória – processos há em que ela, nessa fase, é nenhuma, ou de importância secundária, o que viria tornar ainda mais insólita a manifestação judicial em tese”. Idem, p. 96.

³⁴⁴ LACERDA. *Despacho saneador*, p. 94-95.

instrução em audiência. Do contrário haverá extinção de processo, sem exame do mérito, ou mesmo julgamento antecipado da lide.³⁴⁵

A decisão de saneamento, dentro de um contexto dialético de processo, de acordo com a visão do processo cooperativo e iluminada pelo ativismo judicial e pelo contraditório como direito de influência e dever de debates, toma posição relevante que faz inaceitáveis manifestações judiciais lacônicas e vazias, em especial ao se tratar de processos coletivos. Não apenas pela importância da fixação do *thema probandum* e, portanto, do problema, mas também considerada a circunstância de ser no momento de sanear que questões como a distribuição e inversão do ônus da prova devem ter cabimento.³⁴⁶

Há uma relação essencial entre o saneamento e a distribuição dinâmica do ônus: é nesse momento que se definirá quais as questões sujeitas à prova a partir da análise dos argumentos contrapostos e a quem caberá o ônus de sua produção.

Contudo, não só em função do ônus probatório se justifica a revalorização dessa fase processual. Ao mesmo tempo, em virtude da necessidade de ampla interpretação do objeto dos processos coletivos, a delimitação do problema de cada processo configura ponto sensível na disciplina das lides coletivas.³⁴⁷

Novos paradigmas são construídos na medida em que rompem com as estruturas daquele anterior. Na esteira do processo cooperativo, a posição do juiz no processo vem fortalecida por poderes e deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, bem como por uma configuração mais ativa. Assim é no processo civil como um todo, mas, especialmente, assim também deve ser no processo civil coletivo.

O rompimento causado pela visão cooperativa, entretanto, fez mais do que isso. O processo civil, até então, assentava-se em regras - ou dogmas, para alguns – como aquela segundo a

³⁴⁵ Para Calmon de Passos será despacho saneador não mais aquele com função expurgadora de vícios ou irregularidades, mas o que tem por conteúdo o prosseguimento do processo livre de vícios, com o início da instrução. PASSOS, Joaquim Jose Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil – lei 5869, de 11 de janeiro de 1973*, vol III: arts. 270 a 331, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 496-497.

³⁴⁶ Mais detidamente será tratado esse aspecto, infra item 2.2.2.

³⁴⁷ “Se o bem jurídico é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feita pelo autor. Equivaleria a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo a ser tutelado. Se o autor formula o pedido de modo inadequado restará sempre aberta ao juiz a via interpretativa para garantir o direito que é assegurado à coletividade, desde que observadas as garantias constitucionais superiores, principalmente contraditório e ampla defesa. Só assim se assegura a indisponibilidade do direito”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos, et alli. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva – 20 anos da Lei de ação civil pública e do fundo de defesa dos direitos difusos*. 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 185-199, p. 189.

qual o pedido formulado na inicial deve ser interpretado restritivamente, tal como expresso no artigo 293 do CPC. Ou ainda, a estabilidade da demanda, com a restrição de possibilidade de alterações de pedido pelo autor até a citação (art. 264 CPC), a necessidade de anuência do réu para a modificação uma vez feita a citação e a vedação de qualquer alteração posterior ao saneamento, ainda que com o consentimento do réu.

As regras citadas revelam formalismo excessivo e não há razões pragmáticas que as sustentam, uma vez inexistente a possibilidade de presumir-se prejuízo em permitir, na lei, a alteração do pedido. Referida análise de prejuízo somente poderá ser aferida em concreto.³⁴⁸ As razões para a manutenção da proibição são meramente teóricas, com a reprodução da construção do processualismo e não acompanham a evolução processual.

Desse modo, na linha do já admitido pelo processo civil português, para alcançar a finalidade pública do processo, respeitada a máxima da cooperação e proibida a surpresa o caminho é de ruptura. Inspirado pelo direito norte-americano, em sua *Rule 54 (c)* - “exceto no caso de revelia, a sentença conterá o provimento que a parte tenha direito, mesmo que a parte não tenha feito pedido na petição inicial”³⁴⁹ – o CM-GIDI lança nova luz à interpretação dos poderes do juiz na avaliação do objeto do processo coletivo. Para tanto, dispõe como a seguir:

Artigo 7 – Objeto do processo coletivo – o objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo.

O juiz assim o fará em suas manifestações, ao assumir aquela postura ativa exigida no processo. Para tanto, em decisão de saneamento “Art.9 II. Demarcará o objeto do processo coletivo da forma mais ampla e abrangente possível, independentemente de provocação”. O CM-GIDI traz, ainda, a descrição dos poderes do juiz na manipulação do objeto do processo.

³⁴⁸ Nesse sentido, DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 292. Ainda no tema, lição fundamental do autor gaúcho: “Entendo tratar-se aqui de efetividade virtuosa porque a flexibilização sugerida encaminha uma solução conveniente para a clara tensão verificada entre o direito processual e o direito material. Pense-se como a satisfação deste correria o risco de se prolongar, às vezes de maneira insustentável, por considerações puramente formais, dando lugar a incertezas e injustiças. E sabemos nós, os operadores práticos do direito, como é difícil na tensão carregada da atmosfera do processo articular de modo correto o pedido ou a *causa petendi*, cuja extensão e alcance só podem ser adequadamente aquilatados no final da instrução, ou mesmo depois de prolatada a sentença. Quantas vezes os advogados não arrancam os cabelos e os bons juízes se desesperam ao constatar que anos de trabalho foram perdidos por incorreta formulação do pedido inicial ou em consequência de deficiências na fixação do fato jurídico fundamental!” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249-250.

³⁴⁹ GIDI, Antônio, *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46. “A default judgment must not differ in kind from, or exceed in amount, what is demanded in the pleadings. Every other final judgment should grant the relief to which each party is entitled, even if the party has not demanded that relief in its pleadings.” <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule54.htm>.

Artigo 10 Poderes do Juiz

10. o juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1 o juiz manterá controle direito sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

10.3 o juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo.

10.6. As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

Da mesma maneira também será quando da sentença, aplicada a interpretação ampla do objeto, independente de pedido.

Artigo 16 Sentença Coletiva

16. A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva da forma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e transindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatórias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

As disposições dos Anteprojetos revelam a preocupação com a superação da regra da estabilidade da demanda, responsável por proibir a ampliação ou alteração de pedido e causa de pedir. A nova postura é extremamente relevante à prova, em especialmente no que toca à causa de pedir, responsável por trazer os fatos, pelas alegações, para a esfera processual.

No CBPC-IBDP o art. 5º dispõe que “Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretadas extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido”.

Continua, ao determinar em seu parágrafo único que:

“a requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o § 3º do art. 10”.³⁵⁰

Ainda que veicule o novo paradigma e aparente trazer toda a idéia acima construída, a disposição padece de uma omissão injustificada: permite a alteração de pedido e causa de pedir, até a prolação de sentença, sem fazer menção à possibilidade de ampliação do pedido. A proposta legislativa aí esboçada rompe com o atual estado da questão no processo e representa evolução, mas pode fazer mais.

³⁵⁰ Sic, trata-se, na verdade, do art. 11 do anteprojeto, que tem por objeto a possibilidade de alteração do ônus da prova durante a instrução quando houver modificação de fato ou de direito. Assim dispõe o referido parágrafo “Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

A permissão de alteração e ampliação teve guarida no CBPC-UERJ/UNESA, que em seu art. 15 determina que “O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado”. Nesse caso, entretanto, a modificação, somente será permitida até a decisão saneadora, o que restringe a idéia de ampla e extensiva interpretação do objeto dos processos coletivos. Ainda assim, representa inegável avanço em relação ao momento atual do CPC.

No *caput* do artigo 16 do Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública está a previsão de alteração do pedido ou da causa de pedir, até a prolação da sentença, preservado o contraditório e possibilitada a apresentação de prova complementar.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo injustificado para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação específica do réu, no prazo mínimo de 15 (quinze dias), facultada prova complementar.

As disposições acompanham o processo dialético e cooperativo, que pressupõe intensa vinculação com o problema. Contudo, essa permissão de alteração do objeto processual, certamente dependerá de oportunidade de produção de provas concedidas às partes, em respeito ao contraditório. O raciocínio é simples: uma vez vedado o distanciamento do problema e do *thema probandum* e submetida a decisão ao discurso judicial produzido em juízo, impossível é qualquer alteração sem a correspondente garantia de oportunidade às partes de manifestação e produção de provas relevantes e pertinentes.

Quanto à possibilidade de alteração ou ampliação da causa de pedir, o ponto revela algumas peculiaridades. Essa, como se sabe, diz respeito à narrativa dos fatos da vida, elaborada pelo autor, que serve para embasar a pretensão afirmada na petição inicial.³⁵¹ Ocorre, no entanto, que nos processos coletivos, em razão da legitimação por substituição processual, a narrativa levada a juízo resta de certo modo prejudicada.

Assim é porque o legitimado extraordinário não tem a mesma proximidade dos fatos externos do que teria o indivíduo titular do direito. A conseqüência é o distanciamento entre os fatos e esse legitimado e a possível deficiência na narração fática.³⁵² Além disso, outra peculiaridade

³⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo, A causa de pedir nas ações coletivas, p. 62, DIDIER JR. Fredie. MOUTA, José Henrique, *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodium: 2009, p. 62.

³⁵² O autor apresentação algumas razões dessa deficiência: a substituição processual “o defeito é mais sensível nos ordenamentos, como o brasileiro, em que a legitimidade decorre de normas legais abstratas, sem grandes considerações sobre o caso concreto” aqui a atribuição da legitimação é feita pela lei com o controle com enfoque na norma. Peculiaridade do processo coletivo – permissão de postulação por certos sujeitos em nome da

desses processos está no fato de que a natureza dos direitos pleiteados frequentemente está ligada a situações fáticas mutáveis antes ou no curso do processo.³⁵³

Em razão de todo o exposto, somado à interpretação ampla do pedido e da causa de pedir e à alteração e ampliação desses no curso do processo, está a leitura dos dispositivos feita de modo a permitir a narração genérica dos fatos, identificando a situação de fato de modo abrangente, representativa da ruptura dos paradigmas do processo civil individual, aqui representado pelos princípios dispositivo e da adstrição à demanda. Vale ressaltar que segundo Antônio do Passo Cabral devem ser impostas balizas para essa permissão de narrativa genérica de acordo com a espécie de direito coletivo *lato sensu*. Nos direitos difusos, a permissão decorre da própria natureza do direito. Nos coletivos dependerá de limites objetivos – apenas quanto à causa de pedir remota – e subjetivos – quanto mais próximo dos membros da classe é o legitimado, mais detalhada deverá ser sua narração. Por fim, defende não ser permitida referida forma de narração para os direitos individuais homogêneos, por constituírem direitos individuais na essência.³⁵⁴

A este trabalho não parece possível a adoção da referida diferenciação *a priori*, nem mesmo da proibição da permissão quanto à última espécie de direitos. Isso porque aqui, na linha de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, entende-se que os direitos individuais homogêneos são verdadeiramente direitos coletivos ou “direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral”,³⁵⁵ o que exclui sua configuração como direitos acidentalmente coletivos ou direitos individuais coletivamente tratados, essa última adotada por Antonio Passo Cabral. Desse modo, a narração genérica deve ser permitida e sua maior ou menor abertura deve ser analisada diante do litígio concreto.

coletividade atingida. Assim: “a) distanciamento que existe, muitas vezes, entre o legitimado extraordinário e os fatos a serem expostos; b) o estabelecimento de sistemas automaticamente inclusivos dos membros da classe (*absent class members*) aos efeitos do julgamento, o que desconsidera dissidências e especificidades dentro da coletividade substituída”. CABRAL, Antônio do Passo, *A causa de pedir nas ações coletivas*. DIDIER JR. Fredie. MOUTA, José Henrique, *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodium: 2009, p. 64.

³⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984; terceira Série.

³⁵⁴ CABRAL. *A causa de pedir nas ações coletivas*, p. 73-75.

³⁵⁵ DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil* – processo coletivo, p. 81. Para ainda melhora compreensão do conceito, conferir, por todos, ZANETI JR., Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 137-160.

2.2.2 Ônus da Prova nos Processos Coletivos

A atual perspectiva do Direito Processual revela uma estreita relação entre prova e acesso à justiça. Ora, se uma restrição ou violação ao direito de prova tem óbvia influência no resultado do processo, é certo que tal circunstância implicará uma violação ao direito de acesso à justiça, afinal a tutela jurisdicional não poderá ser conferida de modo correto. Admitida a existência de uma violação ao acesso à justiça quando há violação ao direito de prova, também assim deverá ser considerado quando as regras de distribuição do ônus da prova impliquem cerceamento da atividade probatória.³⁵⁶

Certo é que a grande e principal mudança do regime do ônus da prova no processo civil foi trazida com o Código de Defesa do Consumidor e a previsão, em seu art. 6º, inciso VIII, da inversão do ônus da prova como meio para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

Com a nova regra, muito se discutiu a respeito do ônus da prova, mas talvez o ponto principal a indicar desde o início é a lembrança de que boa parte dessas interpretações ainda está vinculada a ideologias já superadas no processo, próprias do iluminismo e já não mais aceitáveis no processo civil de modo geral. E, somado a isso, quando esses estudos se voltam a analisar a prova no processo coletivo pecam por utilizar premissas próprias do processo individual e, portanto, aqui incabíveis.

A correta interpretação dos institutos deve partir do entendimento de que tal somente é possível com a exclusão dos resquícios daquela concepção duelística de processo e com a admissão da existência de desigualdade entre os litigantes. Ora se a relação controvertida nas lides coletivas é natural e essencialmente desequilibrada, a aplicação das regras de distribuição e inversão do ônus da prova, aos moldes do processo civil individual, precisa sofrer algumas reinterpretações.

É de se lembrar, aqui, que as inúmeras teorias acerca do ônus da prova foram construídas para o processo individual, mas, ainda assim, algo sobre isso deve ser dito. Trata-se de assentar a existência de dois aspectos do ônus da prova: um subjetivo, relativo à conduta das partes e aos fatos que devem provar, que coloca a regra de distribuição como regra de atividade e outro,

³⁵⁶ KNIJNIK. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica, p. 943. GODINHO, Robson Renault. Prova e acesso à justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova. BARONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (coord.), *Aspectos processuais do Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 245.

objetivo, relativo ao juiz e ao seu comportamento diante da insuficiência de provas e da proibição do *non liquet*, a considerá-la regra de julgamento.³⁵⁷

Na atualidade prevalece o entendimento da configuração da distribuição do ônus como regra de julgamento para os casos de prova insuficiente.³⁵⁸ Ainda que essa concepção não seja de todo aceita neste trabalho, ela serviu e serve muito ainda ao processo individual. Diz-se não aceita por merecer cada vez mais destaque hoje, nos processos coletivos, o aspecto subjetivo do ônus, como regra de atividade.

Na ótica do formalismo-valorativo, em função dos princípios antes já aqui analisados, ao adotar o contraditório como direito de influência e dever de debates, com a proibição de surpresa das partes, impedindo que o juiz aplique em sua decisão visão jurídica não discutida no processo e diante do princípio do *interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo* – com a peculiaridade imposta pela regra da não incidência da coisa julgada nos casos de improcedência por falta de provas – impõe-se o reconhecimento de que, vista a prova em sua face publicista, a regra do art. 333 – regra de julgamento – começa a se esvaziar. Assim é porque sua aplicação implica visão retrospectiva da prova, quando, na verdade, só se faz possível falar em respeito ao contraditório e em processo dialético e condicionado ao discurso judicial se adotada uma visão prospectiva das provas.³⁵⁹

Convém dizer que a distribuição do ônus como regra de julgamento para os casos de procedência continua admissível nos processos coletivos, conforme a distribuição estática prevista pelo art. 333 do Código de Processo Civil, ainda que isso não seja de todo satisfatório e condizente com os princípios regentes da disciplina da prova. Mesmo na lide tradicional aponta-se necessária uma mudança de posicionamento, diante da nova concepção da

³⁵⁷ A esse respeito ROSEMBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. Ernesto Kotoschin. Buenos Aires: B de F LTDA, 2002. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, trad. Santiago Sentis Melendo. Colômbia: Temis, 2004. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, PEYRANO, Jorge W. WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira, A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 07, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 1993, p. 101-118.

³⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. PEYRANO, Jorge W. WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. ROSEMBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. Ernesto Kotoschin. Buenos Aires: B de F LTDA, 2002. MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, trad. Santiago Sentis Melendo. Colômbia: Temis, 2004. GRINOVER, Ada Pellegrini et alli, *Código de defesa do consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

³⁵⁹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo, Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. DANTAS, Marcelo Buzaglo; LEITE, José Rubens Morato (org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 160.

participação no processo sob a ótica do formalismo-valorativo, que inclui tanto a atividade das partes como a do juiz, ativo, na instrução processual.³⁶⁰

Mas, como lembra Marcelo Abelha Rodrigues, distribuição e inversão do ônus são institutos diversos e não se confundem. Enquanto as regras de distribuição têm esse duplo aspecto, subjetivo e objetivo, e se aplicam tanto num sentido psicológico de conduta das partes, quanto para a solução de julgamento diante de prova insuficiente, a “inversão do ônus da prova é técnica processual e parte de pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão”.³⁶¹

Assim admitido, normas como a do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor não constituem técnica de inversão, como querem muitos,³⁶² mas verdadeira distribuição do ônus probatorio.³⁶³ Trata-se de regra que define, de modo prévio e abstrato, o encargo de provar.

Como técnica processual que determina alterações na distribuição do ônus, entender a inversão tão somente sob o foco da regra de julgamento será verdadeiro equívoco. Tratando, então, da regra da inversão proposta pelo Código do Consumidor, alguns pontos devem ser acentuados.

O primeiro trata dos critérios para a inversão: a verossimilhança e a hipossuficiência. A maior parte da doutrina entende serem alternativos os critérios, podendo ser invertida a prova quando um ou outro for observado. É o entendimento de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, seguido por outros autores brasileiros.³⁶⁴

³⁶⁰ Sobre o tema ALVARO DE OLIVEIRA. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo; p. 18; MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil, vol. 1 - teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 429. DIDIER JR., Fredie e ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil- processo coletivo*, p. 116. ALMEIDA. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p.

³⁶¹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 158.

³⁶² ZARIF, Claudio Cintra. Regra do ônus da prova nas ações coletivas. BARONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (coord.), *Aspectos processuais do Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39. BENJAMIN, Antônio, *Código de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 369 WATANABE, Kazuo Watanabe, *Código de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 811.

³⁶³ ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*, p. 158, nota 38. GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*, n.13, p. 33-41, São Paulo: RT, jan-mar/1995, p. 40.

³⁶⁴ O entendimento daqueles autores pode ser encontrado em GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. NERY JUNIOR, Nelson, Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 01, p. 200-221, março 1992; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A posição de Antonio Gidi é, entretanto, minoritária.³⁶⁵ Para o autor devem ser os requisitos simultâneos – não *ou*, mas *e* -, pois verossimilhante a alegação deve sempre ser.³⁶⁶ Parece ser de difícil superação referida posição e, ao menos aos moldes deste trabalho, deve ser ela adotada para o tema. Em especial porque aqui se defende ser o momento propício para a inversão aquele anterior à instrução probatória – em audiência preliminar – e, para tanto, deve haver, sim, verossimilhança nas alegações do consumidor.

Mesmo porque, nessa fase, poderá haver tão somente essa espécie de juízo acerca das afirmações, afinal verossimilhante não é necessariamente verdadeiro, é semelhante à verdade, tem aparência de verdade³⁶⁷ e tal juízo não autoriza a decidir em favor do consumidor, mas tão somente a inverter a prova. Poderá, todavia, essa inversão gerar juízo favorável caso, uma vez aplicada e conferida oportunidade à parte contrária de produzir a prova, essa não venha a se desincumbir de seu encargo. Nesse caso, a regra de juízo será, ao final, aplicada, após observado o momento propício para a inversão, como adiante será debatido.

Há quem diga, inclusive, que a inversão para os casos de verossimilhança sequer se trata de inversão. É o que defende Kazuo Watanabe, segundo o qual, ao decidir nesses casos o magistrado apenas entenderá por demonstrado o fato e produzida a prova que incumbe a uma das partes. O entendimento tem fulcro na concepção da inversão como regra de julgamento,³⁶⁸ segundo o qual, feita pelo magistrado a advertência, no saneador, acerca da possibilidade de inversão, essa será realizada na sentença. Mas assim não pode ser. Regra de inversão é regra de procedimento e, verossimilhante a alegação ter-se-á verdadeira inversão do ônus, em momento anterior à instrução.

O outro critério, da hipossuficiência levanta hoje menos dúvidas que ocorrera no passado. A princípio os idealizadores do Código entendiam tratar-se de aspectos econômicos, a implicar desigualdade entre consumidor e fornecedor. Tal entendimento já foi superado e hoje a doutrina entende tratar-se tanto de um aspecto econômico, mas também, e muito mais

³⁶⁵ Carlos Roberto Barbosa Moreira, de início, admitia idéia semelhante. Cf. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. In Revista de Direito do Consumidor, n. 05, p.190-201, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/1993, p. 197. Contudo, passou a juntar-se a maioria, entendendo alternativos os critérios. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In Revista de Direito do Consumidor, n. 22, p.135-149, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/1997, p. 145.

³⁶⁶ GIDI. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p. 33-41. Assim também entende DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 80, nota 07. Arthur Thompsen Carpes concorda com a crítica de Gidi, que preconiza a partícula *e* na utilização dos requisitos CARPES. *Prova e participação no processo cível*., p. 73, nota 224.

³⁶⁷ MITTERMAIER. *Tratado da prova em matéria criminal*., p. 59

³⁶⁸ WATANABE, Kazuo, *Código de defesa do consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto, 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 812-816.

importante, de aspectos técnicos de conhecimento – tanto é assim que os dispositivos dos anteprojetos de Código de Processo Coletivo, todos eles, falam em melhores condições técnicas em produzir a prova ou maior acesso a informações específicas ao seu respeito.³⁶⁹

Contudo, a questão não se encerra aí. Hipossuficiência não quer significar o mesmo que vulnerabilidade. Vulnerável é - e ao que parece sempre será - o consumidor nas relações de consumo. Essa circunstância, contudo, ainda que seja razão para a adoção de normas protetivas e a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, não é a razão da norma do art. 6º, VIII.

A vulnerabilidade é um estado da pessoa e não precisa para ser aferida, como ressalta Claudia Lima Marques, de uma comparação entre situações e sujeitos. Esse estado é inerente ao sujeito, próprio da relação de mercado existente fora do processo que fragiliza o indivíduo e torna essa relação desequilibrada.³⁷⁰

O consumidor é, então, parte vulnerável na relação de consumo e os litígios do consumidor trazem a juízo esse desequilíbrio, com uma contraposição entre um litigante ocasional e um litigante habitual. Em função disso há necessidade de facilitação de sua defesa, e tal inclui também a prova.³⁷¹ A vulnerabilidade, portanto, é uma das bases da construção da proteção jurídica do consumidor, consagrada entre os princípios da política nacional de consumo, no art. 4º inciso I do Código de Defesa do Consumidor.³⁷²

Assim entendida, a vulnerabilidade do consumidor (pessoa física) se presume. De outro lado, não se pode afirmar ser o consumidor presumivelmente hipossuficiente. Desse modo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer a condição de consumidor à pessoa jurídica, uma vez evidenciada e provada no caso concreto sua vulnerabilidade. Do acórdão, lê-se: “De acordo com o princípio da vulnerabilidade (CDC, art. 4º, I) a pessoa empresária pode ser reconhecida como consumidora, desde que se evidencie o nexo de sujeição, vínculo de dependência caracterizado pela incapacidade, pela ignorância ou pela necessidade”.³⁷³

Fundamento diverso, utilizado no mesmo acórdão, serviu a aplicar a inversão do ônus da prova, que é a hipossuficiência. Em sentido mais específico a hipossuficiência será a

³⁶⁹ A esse respeito conferir item 2.2.3.1

³⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 145.

³⁷¹ MOREIRA; A defesa do consumidor em juízo, p. 197.

³⁷² SOARES, Fabio Costa. *Acesso do consumidor à justiça*: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006, p. 60-61.

³⁷³ RECURSO ESPECIAL Nº 1.080.719 - MG (2008/0179393-5) Rel. Min. Nancy Andrighi.

desigualdade quanto aos conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor.³⁷⁴ A hipossuficiência deve ser pensada sob o ponto de vista da dificuldade do consumidor em provar³⁷⁵ e, portanto, quer significar mais do que a vulnerabilidade. Aquele consumidor não apenas é vulnerável, como se presume ser todo consumidor, mas também não possui conhecimentos técnicos relativos à atividade da parte contrária de modo a produzir provas para sustentar sua pretensão.³⁷⁶

Definida a hipossuficiência, então, como a inexistência ou insuficiência de conhecimentos técnicos quanto à atividade do fornecedor na produção da prova, uma vez reconhecida e verossimilhantes as alegações do autor, autorizada estará a inversão do ônus da prova. Essa impossibilidade ou dificuldade, em se tratando de processos coletivos, poderá ser reconhecida como pertencente ao consumidor, bem como ao legitimado extraordinário. Explica-se: há quem entenda que se autor o Ministério Público, não haverá hipossuficiência, pelo que incabível a inversão do ônus da prova.³⁷⁷ Não parece haver razão para dizer ter o membro do Ministério Público, de modo presumido, conhecimento técnico e condições para produção da prova, motivo pelo qual, a análise deve ser feita, também aqui, diante do caso concreto.

Mas o ponto mais controverso acerca deste tema é quanto ao momento em que o magistrado deve operar a inversão³⁷⁸. Não resta dúvida neste estudo, após a pesquisa realizada e de acordo com as premissas antes fixadas, de que esse momento é aquele anterior ao início da instrução. Todavia, na doutrina, prevalece entendimento diverso. Autores como Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery Junior, Kazuo Watanabe insistem ser o momento da sentença aquele propício a se aplicar a inversão.³⁷⁹

Com esse posicionamento este estudo não pode concordar. Isso porque tais autores prendem-se ainda à caracterização da regra de inversão do ônus como regra de julgamento, olvidando que, em primeiro lugar, distribuição e inversão não são institutos idênticos e, em segundo lugar, a sistemática do microssistema dos processos coletivos tem princípios próprios e com

³⁷⁴ GIDI. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 35.

³⁷⁵ MOREIRA. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, p. 146.

³⁷⁶ GIDI. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 36.

³⁷⁷ DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 80.

³⁷⁸ Nelson Nery, apesar de também sustentar a regra como sendo de julgamento diz ser possível sua aplicação no momento da preparação da fase instrutória – saneamento do processo, informando as partes da possibilidade de inverter o ônus. “alertando o fornecedor. NERY JUNIOR, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor, p. 200-221.

³⁷⁹ Cf. GRINOVER. *Código de defesa do consumidor*, WATANAKE, Kazuo, *Código de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 811. NERY JR, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor, p. 200-221.

ele não se coadunam princípios relativos ao processo individual, bem como suas regras só são aplicáveis de modo residual e quando não contrariem a principiologia do sistema coletivo.

Ademais, no microssistema, a intenção, como já explanado, é primeiramente a de evitar a aplicação da regra da distribuição do ônus em casos de *non liquet*, em razão da primazia da efetividade e do interesse em sentenças que apreciem efetivamente o mérito. Se assim é, a aplicação da regra de inversão em sentença não pode ser admitida, por contrariar diretamente princípio do processo coletivo. Ao aplicar a inversão quando da decisão não haverá efetiva decisão ou apreciação de mérito.

Aqueles que entendem somente ser aplicável a inversão do ônus aos processos do Código de Defesa do Consumidor, não podendo se estender sua aplicação a outras espécies de lide coletiva, argumentam que tal regra implicaria restrição à defesa do onerado e as restrições a direito não poderiam ser aplicadas sem previsão legal.³⁸⁰ Tal argumento só se aplica justamente dentro da própria teoria defendida por tais autores, por considerarem a regra de inversão como aplicável no momento da sentença. Afinal, se aplicada em momento anterior ao início da instrução, não há que se falar em restrição à defesa, pois protegidos estarão, com esse entendimento, o contraditório e a ampla defesa em sua totalidade.

Releva ainda destacar que, conforme já elucidado, há um microssistema dos processos coletivos - em função do qual são aplicáveis as regras dos referidos diplomas, no que couber, a todos os processos que veiculem pretensões de direitos coletivos *lato sensu*, aplicável sempre que a regra estática possa gerar “uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa”.³⁸¹

Há ainda, posição um pouco diversa dessas duas aqui já apresentadas, quanto ao momento de se operar a inversão. Referido entendimento, de Cândido Rangel Dinamarco, inspirou a regulamentação da matéria pelo CBPC-IBDP, como analisado adiante. Segundo esse autor, deverá o juiz tão somente “avisar” as partes, quando do início da instrução, quanto à possibilidade de realizar a inversão em sentença. A solução pretende respeitar o contraditório e seu conteúdo também de dever do juiz em comunicar posições e entendimento. Mas, ainda

³⁸⁰ Assim informa ANTUNES, Paulo Bessa. *Prova Pericial*. In MILARÉ, Edis. Ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁸¹ GRECO, Leonardo, As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 128, p.40-58, out., 2005, p. 48.

que teoricamente assim a justifique, a solução na prática não condiz com os contornos do atual processo civil,³⁸² e em especial, do processo coletivo.³⁸³

Clara é então a posição deste trabalho: conforme autores como Antonio Gidi e Marcelo Abelha Rodrigues³⁸⁴, momento próprio da inversão é aquele anterior ao início da fase instrutória. Ora, como já foi dito, deve-se garantir o total respeito à igualdade (substancial) de armas e oportunidades entre as partes no processo, igualdade que só pode ser garantida com o total respeito ao contraditório. Esse, em se tratando de inversão do ônus da prova só estará devidamente salvaguardado se aquela se fizer valer em momento que garanta a possibilidade de produção da prova pela parte agora onerada em razão da inversão. Só assim pode se falar em inexistência de um juízo de *terza via*, em inexistência de surpresa no processo, circunstâncias expressamente vedadas.

O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu por diversas vezes:³⁸⁵

RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE.

³⁸² DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 84.

³⁸³ As decisões e entendimentos doutrinários que ainda entendem ser a inversão regra de julgamento ou a esboçada acima, de alerta às partes; lembram a afirmação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual: “Não deve ser olvidado, no entanto, o risco de não ser de todo afastada a onipotência judicial com o emprego dessas técnicas e até mesmo respeitando-se os princípios e garantias antes mencionados. O problema revela-se muito mais complexo e mostra-se bem possível que o órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à “verdade material”, “prova moral”, “certeza moral”, “prudente apreciação”, “íntima convicção”. Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurar nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão tomada e impedir, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.” Defendem-se posturas em nome de conteúdos vazios, mantendo interpretações superadas, sem amoldar as regras à realidade. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais.

³⁸⁴ GIDI. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p.38 ABELHA RODRIGUES. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 250. ZANETI JR. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório, p. 363.

³⁸⁵ “A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida” (REsp 881.651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 592). Ainda nesse sentido “Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Momento processual.1. É possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que depende de circunstâncias concretas apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor.2. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 598620/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 18/04/2005 p. 314).

1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista.
2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira "regra de julgamento".
3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido.
(REsp 662608/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12.12.2006, DJ 05.02.2007 p. 242)

O Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, inclusive, editou a Súmula 006/2005 determinando que a “inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.³⁸⁶

De modo claro, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim também se posiciona:

CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. Requerida, na inicial, a inversão do ônus da prova, o Juízo *a quo* não se pronunciou, apenas determinando que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir. O momento adequado para decidir a respeito da inversão prevista no art. 6º, III, do CDC, é o despacho saneador, quando o Juiz determina a respeito das provas (art. 331, CPC). No presente recurso, o autor-agravante insurge-se contra o indeferimento de seu requerimento quanto à produção de prova oral. Contudo, caso decretada a inversão, até poderá ficar dispensado de produzir tal prova. Anulação parcial do feito, *ex officio* a fim de que o Juízo *a quo* se pronuncie a respeito da inversão do ônus da prova, prejudicado o exame do mérito do agravo. (Agravo de Instrumento Nº 70009044348, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Lúcio Merg, Julgado em 26/08/2004)

Deve se ter em mente, então, que ônus é regra de juízo, mas a regra da inversão, como técnica processual, é regra de atividade. “Se diferente fosse, a situação imposta seria a de atribuir um ônus ao réu e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se de um encargo que antes não existia”.³⁸⁷ A melhor interpretação ao tema será a de que a inversão deve ser procedida em momento anterior ao início da instrução, vez que, só assim, corresponderá à chance efetiva do novo onerado em desincumbir-se do encargo, que antes inexistia, iniciando-se aquela já com as cargas distribuídas, podendo, ainda ser feita posteriormente, com a concessão de prazo para produção da prova.

³⁸⁶ DIREITO DO CONSUMIDOR INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DETERMINAÇÃO NA SENTENÇA IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. Referência : Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2005.146.00006 - Julgamento em 10/10/2005 – Votação: unânime – Relator: Desembargador Sílvio Teixeira – Registro de Acórdão em 29/12/2005 – fls. 011317/011323. In GODINHO. Prova e acesso à justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova, p. 252.

³⁸⁷ GIDI. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p. 39.

Ademais, como lembra Marcelo Abelha Rodrigues, a decisão com base no ônus é fria e a inversão como regra de julgamento representa verdadeira manipulação do processo, aplicando a prova com uma conotação punitiva e vinculada ao direito material privatista. A solução – bastante radical ainda que pertinente-, diz, é a relativização da coisa julgada em decisões com prova insuficiente, que aplicam o ônus, senão, mais ainda, uma verdadeira superação da distribuição do ônus como regra de julgamento no *non liquet*, em virtude da visão pública do processo.³⁸⁸

Há, contudo, um perigo nessa solução. Relativizar a coisa julgada para todas as decisões que apliquem a regra do ônus fará com que aquelas que assim operem com vistas a julgar procedente a ação coletiva, também não sejam cobertas pela coisa julgada. A interpretação assim admitida será contrária ao direito coletivo e beneficiará o réu, contrariando o propósito do microsistema. Pelo que ainda melhor é admitir a utilização do art. 333 do CPC para o caso de procedência, diante de prova insuficiente.

Também Aluisio Gonçalves de Castro Mendes dá solução interessante aos problemas de ônus da prova nos processos coletivos. Considerando que a manutenção da regra do art. 333 a esses processos, como aplicação subsidiária estimula a manutenção do *status quo*, esvaziando a regra da inversão, considera que melhor seria, nos processos coletivos, com a aprovação de um código próprio, abandonar a aplicação de referida regra. Assim, “o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos da UERJ-Unesa fez questão de estatuir a distribuição do ônus da prova a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, sem qualquer menção ao art. 333 do CPC”.³⁸⁹

Perigosa, novamente, a solução. Afinal, expurgar de todo a regra do art. 333 do contexto dos processos coletivos deixará sem solução os casos em que difícil ou impossível a ambas as partes a produção da prova, a denominada *probatio diabolica*.³⁹⁰ Diante de situação assim delineada, esgotadas as possibilidades de provas e impossível no caso concreto a produção de prova por estatística e amostragem, qual a saída senão a decisão com base na distribuição estática do ônus?

³⁸⁸ ABELHA RODRIGUES. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 252.

³⁸⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (org) *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, pp. 16-32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva – 20 anos da Lei de ação civil pública e do fundo de defesa dos direitos difusos*. 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33-47.

³⁹⁰ Para entendimento do assunto cf. KNIJNIK. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica.

Certo é que processo coletivo é processo civil de interesse público e, como tal, não podem a ele ser aplicados aqueles princípios construídos sobre o ponto de vista do processo individual e de caráter privatista. Muda-se o papel das partes e do juiz e, como consequência, mudam-se as interpretações acerca da prova e de seu ônus. “É que sendo franqueada ao juiz uma liberdade na investigação da prova, exigindo-se uma participação num processo investigativo, certamente, dada essa proximidade e maior envolvimento, diminuirão sensivelmente os casos de incerteza”.³⁹¹

O item a seguir traz a explanação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicação a partir dos princípios processuais e constitucionais, bem como sua disposição no Projeto de Lei da nova Lei de Ação Civil Pública e suas inclusões nos Códigos-Modelo, e Anteprojetos de Código de Processo Coletivo.

2.2.3 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova - Hipersuficiência

Até aqui, então, foi feita uma fixação de premissas e o exame da atual configuração da prova nos processos coletivos. Hoje, os diversos anteprojetos de Código de Processo Coletivo trazem dispositivos bastante semelhantes, mas com diferenças notáveis de interpretação dos princípios e regras processuais para essas espécies de lide, diferenças essas, certamente, resultantes das concepções de seus idealizadores, concepções essas tratadas no tópico anterior.

Toma relevo nesse ponto a adoção nesses projetos da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova. O giro epistemológico fundamental de tal doutrina, capitaneada pelos estudos dos argentinos Jorge Peyrano e Inés Lépori, está no “modo de observar o fenômeno probatório, em que o mesmo é visto da perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça, e não sob o ângulo do cumprimento de meras formalidades abstratas”.³⁹² Afinal, aquela teoria de Leo Rosenberg, que opta e exige critérios fixos para a distribuição de ônus da prova em nome da segurança jurídica³⁹³ é própria de um processo de cunho liberal.

³⁹¹ ABELHA RODRIGUES. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 253.

³⁹² PEYRANO. Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*, p. 65.

³⁹³ ROSENBERG. *La carga de la prueba*.

A visão do ônus dinâmico parte da premissa da cooperação e publicidade do processo. Pode derivar tanto do princípio da igualdade ou dos deveres de lealdade e cooperação das partes³⁹⁴. Por isso mesmo é possível a defesa de sua aplicação mesmo dentro do sistema processual civil atual, como ressalta Antônio Janyr Dall'Agnol Junior, a partir da interpretação do artigo 14, acerca dos deveres das partes, em colaboração com o julgador; artigo 125, incisos I e III, referindo-se à igualdade; artigos 130 e 139, a “conferir poderes de direção material do processo ao juiz”.³⁹⁵ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr também defendem a aplicação imediata da distribuição dinâmica do ônus da prova, sem necessidade de alteração legislativa. Para tanto, basta a adequação do sistema ao mandamento constitucional.³⁹⁶

O novo critério, diferente da definição anterior, estática e prévia, é a maior *possibilidade de oferecer a prova do fato*, o que não afasta a aplicação da regra geral, segundo Danilo Knijnik.³⁹⁷ Cria-se, assim, um critério que poderia ser dito de “hipersuficiência”, nos dizeres de Édis Milaré e Renata Castanho, ou seja, a distribuição do ônus, agora, dar-se-á quando a prova apresentar-se de difícil produção a uma das partes, não será necessariamente esse fato, essa sua hipossuficiência que determinará a atribuição do ônus à parte contrária. Mas sim, “a força da parte contrária que atribuiu a esta o ônus de produzir a prova”.³⁹⁸

Ademais a manutenção da regra estática e segundo critérios objetivos da distribuição da prova pode levar a resultados injustos e distantes da verdade, o que não ocorre quando aplicada a dinamização das cargas. Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, “uma mudança de eixo de paradigma na compreensão do fenômeno da distribuição do ônus da prova” é necessária. O ônus objetivo deve delimitar o ônus subjetivo da prova: deixa de ver a prova como instituto ligado ao Direito Privado e passa a ser visto por seu caráter público³⁹⁹.

Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela

³⁹⁴ CARPES. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo, p. 15. “Nesse sentido, a distribuição dinâmica do ônus da prova vem a prestigiar o dever de cooperação para a descoberta da verdade que, a par de positivado no art. 339 do Código de Processo Civil, decorre da própria concepção pré-moderna de processo, na sua condição de instrumento público para realização da justiça e da pacificação social. Um processo cooperativo: uma comunidade de trabalho entre partes e juiz, tudo pela busca do fim comum: no campo probatório, a busca da verdade possível e, por via de consequência, a justa composição do litígio”.

³⁹⁵ DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr, Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, in *Revista Jurídica*, ano 48, n. 280, pp. 5- 20, fevereiro 2001, p. 19.

³⁹⁶ DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil* – processo coletivo, p. 310-311.

³⁹⁷ KNIJNIK. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*, p. 946.

³⁹⁸ CASTANHO, Renata. MILARÉ, Édis, A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (org) *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 261.

³⁹⁹ ABELHA RODRIGUES. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 251.

comprovação da culpa dos réus. (REsp 69.309/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18.06.1996, DJ 26.08.1996 p. 29688)

O Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública, atento às mudanças do processo civil, em particular o de lides coletivas, dispõe pela distribuição do ônus de acordo com esse critério de hipersuficiência em momento anterior à instrução e a possibilidade de rever essa distribuição a qualquer momento. Não menciona, no entanto, a inversão do ônus da prova, mas já representa avanço no tratamento do ônus da prova.

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI – poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova;

Serão agora analisados tão somente os dispositivos referentes ao ônus da prova nos Códigos Modelo e Anteprojetos de Código de Processo Coletivo. Outros dispositivos acerca da prova trazem inovações na sistemática dos anteprojetos e serão em outro tópico analisados.

2.2.3.1 O ônus da prova nos Códigos-Modelo e Anteprojetos

A) Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. Antonio Gidi - CM-GIDI

Assim dispõe o Código Gidi acerca da prova:

ART. 11. Ônus da prova. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Ora, as disposições transcritas fazem reafirmar tudo que foi anteriormente apontado acerca da opinião de Antonio Gidi quanto à prova e seu ônus, posições, inclusive, aqui também adotadas. Verossímeis as alegações e tendo a parte contrária melhores condições de produzir a prova, o juiz deverá a ela atribuir o ônus da sua produção, antes do início da instrução, se

nesse momento já for possível formar essa convicção. Apesar de não trazer especificamente essa condição, essa parece ser a melhor interpretação dos dispositivos desse Código, a partir do pensamento de seu idealizador.

B) Código Modelo – Código de Processos Coletivos para Ibero-America – CM-IIDP

Art. 11. Audiência preliminar.

Par. 5º. O juiz fundamentadamente:

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 12.

O dispositivo traz aquilo que foi aqui já defendido: deliberações acerca do ônus da prova devem ser tratadas preferencialmente antes do início da instrução, em nome do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e da cooperação.

Art. 12. Provas. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova, não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso.

Par. 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

É de ser observado que muitos dos trabalhos realizados na elaboração desse Código acabaram sendo abandonados ou modificados no CBPC-IBDP. Sua produção contou com a relatoria de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. Já o segundo, da USP, foi liderado por Ada Pellegrini Grinover. Segundo Antonio Gidi, esse último acabou por impor “inúmeros retrocessos” aquele⁴⁰⁰.

Certo ou não, parece que dispositivos relacionados à prova tiveram sua redação severamente alterada, como é o caso da possibilidade do juiz “alertar” as partes da possibilidade de inversão do ônus na sentença, presente no CBPC-IBDP, art. 25, § 5º, V, como será apresentado a seguir.

⁴⁰⁰ GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*, p. 3.

C) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - CBPC-IBDP

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

O Anteprojeto em questão, em alguns pontos, acompanha a evolução da ciência do processo civil e do processo coletivo na ótica do microsistema. Ao aplicar o ônus dinâmico prevê seja feita a distribuição durante a fase instrutória com a concessão de prazo razoável para a produção da prova, idéia aqui defendida. Contudo, se percebe ainda em alguns dispositivos, a tão repetida - e rechaçada neste estudo – utilização de princípios do processo individual ao processo coletivo. É o que ocorre ao não adotar a mesma disciplina da distribuição dinâmica à inversão.

Na disciplina da inversão, o Anteprojeto inspirou-se na tese de Cândido Rangel Dinamarco, e seu artigo assim dispõe:⁴⁰¹

Art. 25 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo;

Mais um dispositivo que reflete o uso da inversão como regra de julgamento, contando, ainda, com uma possibilidade de “alerta” do juiz às partes de que ela poderá assim ocorrer. Ora, inútil e contrária à efetividade é a previsão de um “aviso” pelo juiz às partes de que poderá haver inversão do ônus na sentença. Se possível é verificar essa ocorrência, mais útil, mais lógico e mais condizente com os princípios constitucionais do processo é adotar desde logo a inversão, dando oportunidade à parte de efetivamente produzir a prova que lhe cabe. Melhor

⁴⁰¹ Cf. Item 2.2.2

seria proceder como a proposta do CBPC-UERJ/UNESA a seguir, resultado do trabalho de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Contudo, ainda que equivocada a forma de inclusão da regra da inversão quanto ao seu momento, o projeto tem seu mérito por incluir tanto a distribuição dinâmica da carga, quanto a inversão, afinal, “apesar da clara sobreposição entre as normas, elas não têm o mesmo âmbito de aplicação” ⁴⁰²

Art. 2º - Princípios da tutela jurisdicional coletiva – são princípios da tutela jurisdicional coletiva:
k. dinâmica do ônus da prova.

De outro lado, no entanto, soa estranha disposição como a referida acima, que coloca como princípio a dinâmica do ônus da prova. A distribuição dinâmica é regra e assim deveria ser prevista, não como princípio. A inclusão de tal dispositivo parece funcionar apenas como técnica legislativa contra possíveis tentativas de revogação dos demais dispositivos concernentes a dada matéria. Do contrário, não subsiste a uma análise mais aprofundada e sistemática do que seja a *regra* da distribuição dinâmica do ônus.

D) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - CBPC-UERJ/UNESA

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 57. Nova redação. Dê-se nova redação aos artigos de lei abaixo indicados:

a) O inciso VIII do artigo 6º da Lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação.

Art. 6º - inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Art. 22 – Nas ações coletivas a sentença

⁴⁰² GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*, p. 128.

fará coisa julgada erga omnes, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

Esse Anteprojeto traz dispositivos que melhor se coadunam com os princípios constitucionais do processo e a sistemática do processo coletivo. Contém previsão expressa de que seja feita a distribuição dos encargos probatórios na decisão saneadora, e não na sentença, antes portanto da realização das provas.

Analizados os dispositivos e considerados aqueles do Código Gidi e esses últimos como os que melhor atendem ao que aqui foi defendido, vale lembrar Augusto Morello quando ressalta que as garantias constitucionais devem ser constantemente fortalecidas, por meio de sua prática leal e da consciência de seus operadores.⁴⁰³ Não basta defendê-las no ambiente teórico, essa defesa deve refletir na interpretação e na criação legislativa. Apenas da maneira como esboçado nas linhas acima e no sentido dos dispositivos destacados, serão atendidos os valores ideológicos do Direito Processual: a efetividade e a segurança jurídica.⁴⁰⁴

2.2.4 A Coisa Julgada *secundum eventum probationis* e a Prova – Insuficiência de Prova e Prova Nova

A sistemática do processo coletivo, na análise do regime da prova, de seu ônus e da inversão desse traz, em virtude dos artigos referentes à coisa julgada, a necessidade de examinar a relação entre a atividade probatória das partes e atividade do juiz e esse último instituto.

O regime aplicado à coisa julgada por insuficiência de provas influi diretamente no entendimento da disciplina probatória. A regra, trazida pelos artigos 18 da Lei de Ação Popular, 16 da Lei de Ação Civil Pública e 103 do Código de Defesa do Consumidor, dispõem não fazerem coisa julgada aquelas decisões em processos coletivos que decidam pela improcedência da ação em face da insuficiência das provas trazidas ao processo.

Antes de tratar dos pontos relevantes e polêmicos a respeito do tema, interessa mencionar as razões de tão especial norma dos processos coletivos. A primeira, identificada por muitos dos autores a se debruçar sobre o tema, se refere à preocupação com o eventual conluio e/ou

⁴⁰³ MORELLO. *Constitución y proceso*: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales, p. 4.

⁴⁰⁴ Esses “não se contradizem, mas antes se completam e se aplicam por ponderação nos casos concretos jamais se anulando, sendo que o primeiro tem aderência maior, e nascimento, em uma matriz lógica de direito material e o segundo, nascido do paradigma racionalista desse abdica para se tornar fruto de uma ótica procedimentalista que prescinde da solução colocada *prima facie*, mas exige o controle na construção da solução que será dada”. ZANETI, Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição. *AJURIS*, ano XXXI, n. 94, junho, 2004, p. 117.

manipulação entre as partes a ensejar a insuficiência de provas do processo e é esboçada por Marcelo Abelha Rodrigues, ao dizer configurar-se uma preocupação com “manipulação artilosa que levasse a uma insuficiência (*non liquet*) da prova na formação do convencimento do juízo”.

A preocupação, então, nas origens da norma, não é com a celeridade do procedimento, nem com a “insuficiência real da prova que ensejasse uma decisão insegura do magistrado”⁴⁰⁵, mas com as conseqüências de uma ação coletiva mal proposta, uma vez que se poderia criar a situação, em alguns casos, da negligência ou falta de capacidade do legitimado ativo, ou ainda, da colusão entre as partes, fazer uma questão relevante de direito transindividual se tornar irretratável, impossibilitando a sua discussão posterior.⁴⁰⁶

Outra razão importante, mas pouco referida na doutrina, é o que Hermes Zaneti Júnior e Fredie Didier Júnior chamam de interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo e que se concretiza, dentre outras disposições, naquela referente à coisa julgada *secundum eventum probationis*. A intenção, segundo o referido princípio, é a de que, no processo de lides coletivas a sentença, procedente ou não, seja de mérito e não uma “mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento”.⁴⁰⁷ O princípio é decorrência da evolução do pensamento processual, que reconhece no processo coletivo processo de interesse público e, assim sendo, faz surgir a necessidade de alcançar uma *máxima efetividade do processo coletivo*.

Assim, insuficiente a prova produzida, a repropositura da demanda com apresentação de nova prova é possível, no interesse do direito coletivo levado a juízo vir a ser efetivamente tutelado, por meio de uma sentença que examine o mérito. Representa, então, subprincípio e ampliação da instrumentalidade das formas. A regra, então, é concretização desse princípio, uma vez que a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis* tem por finalidade que a sentença no processo coletivo, procedente ou não, considerada a natureza dos direitos em juízo,

⁴⁰⁵ ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*, p. 166. “podem eles ter motivos para entender que o teor do julgamento proferido se explica não pela debilidade intrínseca da causa, mas pela inabilidade na respectiva condução, por parte de quem, ajuizando-a, não soube explorar os melhores argumentos, ou produzir as provas mais convincentes. Nem fica sequer excluída a eventualidade de conluio entre as parte do processo: o legitimado que se antecipou aos outros, mancomunado com o adversário, provocou ele mesmo a própria derrota, deixando intencionalmente de utilizar as armas de que dispunha. Em tais condições seria óbvia injustiça privar os outros legitimados de obter pronunciamento judicial sobre o litígio. Não se afigura recomendável, assim, a extensão pura e simples da coisa julgada aos co-titulares do interesse coletivo.” BARBOSA MOREIRA. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 217.

⁴⁰⁶ CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis. In *ARGUMENTA*. Revista Jurídica do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOP. n. 3. Jacarezinho: 2005 p. 87. MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 289.

⁴⁰⁷ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil - processo coletivo*, p. 118.

efetivamente examine o mérito e não represente tão somente uma fria aplicação da regra do ônus.

Antonio Gidi, por outro lado, estudando as *class actions* norte-americanas e em perspectiva comparativa, encontra outras razões que considera decisivas a sustentar a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*. O primeiro aspecto seria a inexistência, no sistema brasileiro de instituto de descoberta de provas que se assemelhasse ao *discovery* do sistema estadunidense, que proporciona aos advogados, de ambas as partes, acesso a informações e provas relevantes antes do início da ação. Considera que a previsão do inquérito civil não é capaz de satisfazer a necessidade, em virtude de suas restrições, afinal é de titularidade exclusiva do Ministério Público. Esse, para o autor, o argumento decisivo a justificar a regra aqui em discussão.⁴⁰⁸

Outro aspecto em comparação é a ausência de controle judicial da representação adequada. Dentro do sistema norte-americano, com a regra da representação adequada, diz ele, fica minimizado o risco de colusão, estimulada a conduta do representante e do advogado do grupo e se assegura trazer ao processo os interesses reais dos membros ausentes.⁴⁰⁹

A razão aqui esboçada – a ausência de controle judicial da representação adequada – justificaria a existência de regras mais flexíveis para a coisa julgada, segundo referido autor. Inclusive, diz ele, por ser a garantia da coisa julgada *secundum eventum probationis* uma

⁴⁰⁸ GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil* – un modelo para países de derecho civil, p. 108. Diz o autor: “En primer lugar, el extenso uso del descubrimiento de pruebas (*Discovery*) en los Estados Unidos proporciona un notable acceso a informaciones relevantes. La ausencia de este poderoso instrumento en Brasil resulta en decisiones a menudo basadas en pruebas e información limitadas. Éste es el argumento decisivo contra la regla estricta de la cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas. En segundo lugar, los jueces del derecho civil carecen históricamente de poder, inclinación e habilidad profesional para evaluar la representación adecuada. En tercer lugar, el legislador considero las dificultades prácticas y las cargas financieras para establecer un método adecuado de notificación a los miembros ausentes. Brasil es un país geográficamente grande y económicamente subdesarrollado. (...) En cuarto lugar, la población no está satisfecha con el desempeño del sistema judicial. Las reglas éticas de la Barra de Abogados carecen en gran medida de aplicación, y hay una desconfianza persistente del Poder Judicial. Finalmente, la falta de desarrollo tecnológico y de información científica sobre productos peligrosos, así como la ausencia de una Barra de Abogados bien financiada y con espíritu empresarial, hace ver la necesidad de una regla más flexible sobre la cosa juzgada en litigio de la acción colectiva”. As duas últimas razões levantadas não aparentam ser razões independentes a justificar a regra aqui discutida. Ou apresentam patologias ou deficiências práticas e sociais que atingem o processo civil de modo geral, ou mesmo se incluem como conseqüências daquelas duas primeiras razões apresentadas.

⁴⁰⁹ “se minimiza simultáneamente el riesgo de colusión, se estimula una conducta vigorosa del representante y del abogado del grupo y se asegura traer al proceso todos los intereses reales de los miembros ausentes”. GIDI, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, p.6. Contudo, faz algumas ressalvas sobre a questão, ao dizer que “El control judicial sobre la representación adecuada em las acciones colectivas es considerado frecuentemente por juristas norteamericanos como un argumento definitivo para el efecto obligatorio de la sentencia colectiva sin considerar el resultado (*pro et contra*). Esto no es convincente, porque la representación adecuada es un medio para proteger a los miembros ausentes, no para perjudicarlos”. GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil* – un modelo para países de derecho civil, p. 110.

garantia de natureza objetiva, ela seria mais robusta do que aquela da representação adequada das *class actions*. O problema estaria, contudo, em sua amplitude, uma vez que vinculada e limitada tão somente à apreciação da suficiência ou não da prova. “Se a ação coletiva for julgada improcedente devido a uma má argumentação dos fatos ou do direito, a decisão contrária ao grupo transitará em julgado e a mesma ação coletiva não poderá ser reproposta”.

410

Definidas as razões da coisa julgada *secundum eventum probationis* alguns pontos polêmicos se apresentam. O primeiro está na circunstância de ser a decisão de improcedência por ausência de provas, para alguns, uma exceção à vedação ao *non liquet* permitindo o ordenamento, então, que o magistrado, no caso, exima-se de decidir. Para outros, a decisão examina a causa e não representa um *non liquet*. Apresentam-se os argumentos.

Em famosa crítica ao art. 18 da Lei de Ação Popular José Afonso da Silva considera não haver, nesses casos, decisão. O juiz que decide por insuficiência rejeita a prestação jurisdicional. Em razão disso, considera condenável essa espécie de sentença, contida no artigo referido, violadora das garantias fundamentais do demandado, por infringir, por vias diversas, o direito à prestação jurisdicional e a isonomia.⁴¹¹

Em que pese a autoridade do argumento, a polêmica reside mesmo naquela distinção suprarreferida quanto à natureza dessa espécie de decisão.⁴¹² Para alguns, como já adiantado acima, a regra representa exceção à proibição ao *non liquet*. É o posicionamento de Hermes Zaneti Junior e Fredie Didier Junior, ao defenderem ser uma “decisão sem o enfrentamento do mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade em face da própria cognição revelar-se *secundum probationem*”.⁴¹³

⁴¹⁰ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 285.

⁴¹¹ “Fere-se a própria garantia do processo, vez que, se a decisão não atinge um julgamento de mérito, nem sequer se pode dizer ter havido verdadeiro processo. Este só existirá quando conduza a uma decisão de mérito em definitivo, com autoridade de coisa julgada material, salvo nos casos da cláusula *rebus sic standibus*.” SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional – doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 243.

⁴¹² O ponto, contudo, não restará aqui concluído. A matéria demanda maiores aprofundamentos no estudo do exame do mérito no processo civil e sua relação com a coisa julgada. A questão é que o magistrado, ao decidir pela improcedência, como apresentado neste tópico, nem sempre decide consciente da insuficiência das provas. Por vezes sua decisão é decorrente da análise do mérito, ainda que, posteriormente, a circunstância de uma nova ação, fundada em nova prova, demonstre que a sentença não teve caráter de definitividade. Em razão dessas peculiaridades, não parece possível, ainda, nem assumir a posição de ser uma espécie de *non liquet*, nem mesmo excluir essa corrente e adotar a posição contrária. O tema fica em aberto para apreciação futura.

⁴¹³ DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 355. Nesse mesmo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In GRINOVER, Ada Pellegrini, *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006 p. 224.

Rechaça esse entendimento Antonio Gidi, ao sustentar que o magistrado nos casos de improcedência em ação coletiva não se exime de julgar. Há decisão, há exame do mérito ou mesmo há julgamento com base no ônus da prova, quando insuficiente a prova trazida pelo autor coletivo.⁴¹⁴

Discute-se, igualmente, se a decisão deve ser expressa ao tratar dessa insuficiência. Há os que defendem que somente poderá ser a regra aplicada quando o juiz, ao sentenciar, diz julgar improcedente o feito em razão de ser o material probatório produzido insuficiente, a exemplo de Rodolfo de Camargo Mancuso⁴¹⁵ e José Afonso da Silva. Segundo o último, a cláusula *por deficiência de prova* deve constar da sentença, ou assim deve restar implícito. Se desse modo “não decorrer indubitavelmente da decisão, deverá entender-se que a demanda foi rejeitada *por infundada*, fazendo se, pois, coisa julgada *erga omnes*”.⁴¹⁶

O critério é, então, formal e aqueles que assim entendem, na linha deste trabalho, não dão a melhor interpretação, uma vez tratar-se de enfoque, ao que parece, formalista. Afinal, na ótica do formalismo-valorativo, critérios formais e formas devem ser levados em conta não em si mesmos, mas a partir dos valores constitucionais do processo, de seus princípios e de seu conteúdo ético, sempre com forte preocupação com o caráter axiológico da atividade dos operadores do direito.

Não bastasse a objeção de se assentar em base meramente formal, há que se ressaltar também, como aponta Elton Venturi, que muitas vezes tal análise faz-se, tanto do ponto de vista lógico quanto prático, absolutamente inviável de ser feita pelo juiz que sentencia.⁴¹⁷ Tomando o caso de uma prova superveniente, surgida em razão do progresso tecnológico, uma questão se impõe: como poderia o juiz da primeira ação coletiva saber que então decidia pela improcedência em razão de ser insuficiente a prova produzida, quando sequer poderia imaginar o advento da nova tecnologia a trazer solução de mérito para a lide? Percebe-se, assim, que não se aplica o raciocínio daqueles que pretendem fazer valer a necessidade da decisão constar a expressão de que decide pela improcedência em razão da insuficiência de provas.

⁴¹⁴ GIDI, Antonio. Cosa juzgada coletiva. Eficacia y autoridad de la sentencia: el código modelo y la teoría de Liebman. GIDI, Antonio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* – hacia un código modelo para iberoamérica 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2004, p. 280-281. No mesmo sentido VENTURI, Elton. *Processo coletivo* – a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 386.

⁴¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Jurisdição coletiva e coisa julgada* – teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 318.

⁴¹⁶ SILVA. *Ação popular constitucional*, p. 257.

⁴¹⁷ VENTURI. *Processo coletivo*, p. 387.

A melhor solução, assim, é a dada por aqueles que adotam um critério substancial que reconhece não ser necessário estar assim expresso na sentença⁴¹⁸. Afinal “não é o juiz do caso quem está mais habilitado a dizer se ele mesmo dispunha, ou não, de material probatório suficiente para formar o seu convencimento. A realidade dos fatos sempre fica obscurecida quando quem quer conhecê-la dela faz parte.”⁴¹⁹

Apenas o juiz que recebe a petição inicial da demanda reproposta é que poderá constatar essa circunstância⁴²⁰, em uma “*perspectiva retrospectiva*”.⁴²¹ Deverá, então, o autor da ação novamente proposta demonstrar, como requisito essencial e indispensável, a insuficiência da prova anteriormente produzida e a idoneidade da nova prova a modificar o resultado do processo (uma espécie de *fumus boni iuris*).⁴²²

Mais uma vez em perspectiva comparativa, lembra Antonio Gidi que no procedimento das *class actions* não é o próprio juiz prolator da sentença que deve decidir acerca dos seus efeitos (*binding effect*)⁴²³. Apesar do sistema da coisa julgada ser diferente lá e aqui, a comparação do autor é útil. Instaurado o processo o juiz “passa a ser um “sujeito do processo” e, para as coisas do processo, perde a necessária distância: há coisas que o juiz não sabe nem tem consciência que não sabe” e por isso não está ele, no mais das vezes, na melhor posição para avaliar se julga com provas suficientes ou não.⁴²⁴

Infelizmente, o CBPC-IBDP, em seu art. 12, parágrafo único,⁴²⁵ bem como no CBPC-UERJ/UNESA, art. 20, parágrafo único⁴²⁶, trazem a referida exigência, contrariando tudo o que foi acima dito no que diz respeito à adoção de critérios formais para a solução da questão, bem como a inviabilidade lógica e prática do raciocínio assim construído.

⁴¹⁸ GRINOVER. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas, p. 224. GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995,. Ada diz, no entanto, em afirmação que parece equivocada e da qual discorda Elton Venturi, que haveria na decisão um *non liquet*, o juiz não julga a causa, por ser a prova insuficiente. Elton discorda, dizendo que há decisão, de improcedência o que não haverá será a sua imutabilidade. VENTURI. *Processo coletivo – a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 386.

⁴¹⁹ GIDI. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. p. 133, GIDI. Las acciones colectivas en Estados Unidos, p. 20-21, GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 295.

⁴²⁰ ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*, p. 171-173.

⁴²¹ VENTURI. *Processo coletivo*, p. 388.

⁴²² LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 295.

⁴²³ GIDI. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 285.

⁴²⁴ GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 295.

⁴²⁵ Art. 12 - Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

⁴²⁶ Art. 20 - Parágrafo único - Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

A insuficiência, então, da prova, deverá ser aferida pelo magistrado que recebe a inicial da ação reproposta. Para tanto, deverá haver prova nova. O que seria, assim, essa prova nova? Para tanto, interessa retomar a idéia das razões que fomentaram a criação da norma aqui tratada. Ora, diz bem Marcelo Abelha, ao preocupar-se com a manipulação do processo a causar a insuficiência “o dispositivo fala em insuficiência da prova dentro do processo, sem considerar se fora dele os meios de prova ou as provas que poderiam ser trazidas aos autos seriam suficientes”.⁴²⁷

Atentando para a gênese da norma, pois, a admissão da repropositura da demanda apenas em caso de prova superveniente faz da coisa julgada *secundum eventum probationis* norma vazia e sem sentido, no que diz respeito à prevenção de eventuais colusões entre as partes.

Assim é que, ao desenvolver raciocínio que reflete as tendências modernas do processo coletivo, Gregório Assagra de Almeida defende não ser necessário que o juiz declare de modo expresso decidir por insuficiência probatória e o juiz da demanda reproposta deverá analisar, diante de qualquer prova nova apresentada, que “poderá ser de existência anterior, mas que por algum motivo justificável não foi juntada aos autos” e que seja “suficiente para alterar a situação do julgador anterior”. Assim feito, deverá concluir que a improcedência anterior se deu por prova insuficiente,⁴²⁸ decidindo agora diante de todo o conjunto probatório apresentado, o novo e o anterior.

O ajuizamento da mesma ação, fundada em nova prova, será possível mesmo quando a produzida ao tempo do julgamento era, para o juiz, efetivamente suficiente para julgar pela improcedência ou procedência da demanda. Ademais, consideradas as regras dos anteprojetos que determinam a interpretação aberta e flexível ao processo coletivo⁴²⁹, apenas a interpretação ampla do conceito de prova nova pode ser considerada com ela condizente.

Assim, pelo Anteprojeto- Gidi fica disposto que:

18. 1 – Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado.

Na linha do exposto nesta dissertação, o CM-GIDI dispõe que, insuficiente a prova, a decisão não fará coisa julgada, podendo ser novamente ajuizada a ação, ainda que assim não tenha

⁴²⁷ ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*, p. 166.

⁴²⁸ ALMEIDA, Gregorio Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217-218. No mesmo sentido ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*, p. 175, LENZA. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 298; GIDI. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 137.

⁴²⁹ Art. 30 do CM-GIDI, art 48 do CBPC-IBDP, art. 39 do CM-IIDP e art. 55 do CBPC-UERJ/UNESA.

expressamente se manifestado o juiz, mediante apresentação de nova prova, considerando como tal toda aquela que possa levar a um resultado diverso do anterior, sem vinculação a condições temporais de surgimento da prova.

Art. 33 - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

O CM-IIDP - Código Ibero-Americano - inspirado por critérios substanciais, considera prova nova aquela que não poderia ter sido - ou não foi- produzida no processo. A análise, portanto, não será a partir de critério temporal e formal, mas substancial, de modo coerente e correto. No CBPC-IBDP, a regra ficou definida como a seguir:

Art. 13 - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

No tocante à matéria, em estudos anteriores Ada Pellegrini Grinover, idealizadora do Anteprojeto em questão - CBPC-IBDP - parecia adotar a aferição da aplicação da regra a partir de um critério substancial.⁴³⁰ Contudo, mudou seu posicionamento e criou-se uma complexidade confusa. Para analisar as questões seguintes acerca da matéria, este estudo vai se valer de uma citação da referida autora.

Pode-se portanto sustentar, numa outra ótica, que nas ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos (*strictu sensu*), a sentença faz coisa julgada *secundum probationem*, só alcançando, em caso de rejeição da demanda, os fatos provados no processo, sem precluir a via de outra ação coletiva idêntica, baseada em novas provas, tenha – ou não – o juiz se dado conta da insuficiência dos elementos probatórios produzidos no primeiro processo. Mas desde que as novas provas sejam supervenientes, a fim de assegurar o princípio da eficácia preclusiva da coisa julgada.⁴³¹

Como já dito acima, como compatibilizar a adoção das duas regras aqui colocadas? Utilizando a interpretação da autora aos artigos do Anteprojeto em questão, a situação será, então: o magistrado deve decidir de modo expresse pela improcedência por insuficiência de provas, e a repropositura somente se justifica em face de prova superveniente. A situação criada parece surreal, uma vez que, como já dito, se essa prova surgirá em momento ulterior, como saberá que decide por insuficiente a instrução?

O que se demonstra correto no tocante à matéria é: a prova deve ser substancialmente inovadora e não formalmente nova. E mais, podendo ser o elemento apresentado já existente a

⁴³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, in *Revista Forense*, n. 301. p. 3-12, 1988.

⁴³¹ GRINOVER. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas, p. 224. Também em GRINOVER. *Código de defesa do consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto, p. 951.

época da primeira ação, o legitimado ao propor a nova demanda não precisa argumentar os motivos pelos quais não teve conhecimento ou acesso à prova, basta apresentar a nova prova.

432

Outro ponto se destaca na discussão: necessário que essa prova seja, sozinha suficiente a dar solução diferente ao caso? Segundo Ada Pellegrini Grinover, por haver eficácia preclusiva da coisa julgada no tocante às demais provas produzidas, a prova nova deve ser capaz de sozinha, dar solução diferente ao caso.⁴³³

Nada obstante, Marcelo Abelha Rodrigues e Antonio Gidi divergem da autora, ao dizerem que na nova ação o legitimado poderá rediscutir *tudo que já teria sido discutido*⁴³⁴, o que leva a concluir que a prova não precisa ser apta a, sozinha, dar solução jurídica diferente ao caso. O segundo juiz irá apreciar todas as provas, inclusive aquelas anteriormente apresentadas, então consideradas insuficientes. No entanto o juiz não deverá rejulgar a causa: “ele somente poderá alterar o resultado obtido na primeira ação coletiva, se autorizado pela nova prova apresentada”.⁴³⁵

E mais, não havendo prova nova ou não sendo ela assim capaz - de provocar alteração no resultado anterior – o juiz deverá, em análise fundamentada, determinar a improcedência da ação sem julgamento de mérito, por faltar ao autor interesse de agir.⁴³⁶

Essa a posição mais coerente com a linha adotada neste estudo. Não parece haver consistência em dizer de um lado que não haverá a imutabilidade caracterizadora da coisa julgada, em razão da insuficiência do material probatório e de outro pretender fazer incidir a eficácia preclusiva no que toca as questões já apreciadas. Se improcedente a demanda por prova não suficiente “não poderá também incidir a *eficácia preclusiva do julgado*, fenômeno este previsto no art. 474 c/c art. 468 do CPC” e assim não há que se falar em dever ser a prova nova capaz de sozinha solucionar do modo diverso a demanda.⁴³⁷

⁴³² GIDI. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 137. GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil*, p. 106.

⁴³³ GRINOVER. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas, p. 224.

⁴³⁴ ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*, p. 168-169. GIDI. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil*, p. 106. GIDI. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 286.

⁴³⁵ GIDI. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 286.

⁴³⁶ Nesse sentido ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*. GIDI. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*.

⁴³⁷ ABELHA RODRIGUES. *Processo civil ambiental*. São Paulo., p. 168-169.

E nem se diga que a regra em comento é contrária à segurança jurídica, afinal, na tensão entre efetividade e segurança, hoje, prevalece a primeira. E, ainda assim, protegida está a segurança, que, como requisito político da coisa julgada, “embora mitigada para as ações coletivas nas hipóteses de insuficiência da prova deverá ser considerada pelo magistrado quando da análise do preenchimento do requisito da prova nova a justificar a reabertura do da mesma ação”.⁴³⁸

É preciso esclarecer, ainda, que na temática do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, no atual microssistema do processo coletivo, a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* não se aplica aos processos que veiculam direitos individuais homogêneos.

Naquele regramento a coisa julgada valerá da seguinte forma: segundo o art. 103, III do CDC, haverá formação de coisa julgada coletiva, para os autores coletivos, não podendo mais ser rediscutida. A autoridade da coisa julgada coletiva atingirá a todos os legitimados coletivos, indistintamente. Para as vítimas e sucessores que não propuseram ações individuais, conforme art. 94 do CDC, no caso de aceitarem ao convite ali exposto, a coisa julgada valerá *pro et contra*, se não aceitarem, não serão prejudicados, podendo propor ação individual de indenização. Para aquelas vítimas e sucessores que já tenham proposto ações individuais, caso aceitem referido convite, a coisa julgada valerá *pro et contra*, extinta a ação individual, não aceito, não serão prejudicados, mesmo que tenham suspenso as suas ações individuais. Por fim, no caso de improcedência por insuficiência de provas para ações de direitos coletivos ou difusos, não haverá coisa julgada, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar nova ação, valendo-se de nova prova.

A doutrina justifica a exclusão argumentando que para as duas primeiras espécies de direitos, a distância do legitimado com os titulares do direito faz inexistente uma colaboração possível ou, ainda, não há convite para que os interessados possam atuar. Esse distanciamento, para os que assim entendem, torna plausível a idéia de surgimento posterior de uma prova nova, uma vez que a cognição dos legitimados é limitada. De outro lado, a regra do artigo 94, por trazer um convite para o comparecimento dos interessados –“senhores” dos fatos - permite que eles venham a juízo litigar direta e pessoalmente.⁴³⁹

⁴³⁸ LENZA. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 298.

⁴³⁹ ALVIM, Arruda, et al. *Código do consumidor comentado – e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 223.

Malgrado majoritária a posição,⁴⁴⁰ não há que se concordar. No argumento exposto fala-se na distância do legitimado em relação aos fatos para os direitos coletivos e difusos em contraposição ao convite aos interessados para a última forma de direitos. Ocorre que os direitos individuais homogêneos são espécies de direitos coletivos *lato sensu*,⁴⁴¹ circunstância essa já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁴² Sua legitimação dar-se-á do mesmo modo, por substituição e, não obstante presente a regra do convite, essa não garante o efetivo comparecimento dos interessados em juízo, o que também pode significar distância entre legitimado e fato.

Não bastassem os argumentos retro, há que se lembrar que, na verdade, não houve na lei exclusão da regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* para essa espécie de direitos coletivos. Assim, no silêncio da lei, como não há regramento para a coisa julgada coletiva em relação a esses direitos, apenas para a extensão da coisa julgada ao plano individual, deve ser dada a interpretação do microssistema. Para eles, então, também é aplicável a coisa julgada *secundum eventum probationis*.⁴⁴³

Ademais, esses direitos nascem para garantir o acesso à justiça de pretensões que, assim não fosse não seriam até ali carreadas, seja por razões de dificuldade organizativa de seus titulares, seja por outras econômico-sociais. Desse modo, a limitação constitui prejuízo a esses direitos e por essa razão os Anteprojetos de Código, conforme se verifica dos artigos citados acima, unificam a regra para aplicar a não-incidência de coisa julgada quando insuficiente a prova também para direitos individuais homogêneos.

No Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública, o regime diferenciado da coisa julgada para referida espécie de direitos, não subsiste:

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Ao final, importa ressaltar que a disciplina da coisa julgada deve ter tratamento próprio quando se estiver diante de ação coletiva por prática de ato de improbidade administrativa.

⁴⁴⁰ Assim também entende GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 202-211, p. 205

⁴⁴¹ ZANETI JR. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo ZANETI JR. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual*, p. 81.

⁴⁴² (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737).

⁴⁴³ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*, p. 359. Nesse sentido, criticando a assimetria no tratamento conferida pelo legislador, conferir GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 130, nota 226; VENTURI. *Processo civil coletivo*, p. 393-394.

Assim é por ser uma demanda com alto teor sancionatório⁴⁴⁴ ou, ainda, uma ação de “dupla face: é repressivo-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressivo-punitiva, no que se refere às demais sanções”.⁴⁴⁵

Por força dessa sua dúplici natureza, a aplicação da imutabilidade do julgado dependerá do conteúdo do objeto litigioso. Naquela parte tocante à aplicação de sanção civil à prática de um ilícito, o objeto da ação de improbidade é a aplicação de penalidade ao infrator. Por isso haverá, “entre a Lei de Improbidade e o direito penal -, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal”⁴⁴⁶ e nessa seara será mais adequada a incidência do regime jurídico da coisa julgada conforme o processo civil individual: qualquer decisão de mérito, favorável ao autor ou não, pode tornar-se indiscutível.⁴⁴⁷

Quanto ao pedido de ressarcimento ou indenização, a questão comporta outro entendimento. Aqui, sim, possível a aplicação do microsistema e deve ser dado o tratamento próprio da ação civil pública, o que significa abrir a possibilidade de repositura da ação, quando julgada improcedente por insuficiência de provas.⁴⁴⁸

2.2.5 Produção Extra-autos de Provas - O Inquérito Civil e sua Validade Probatória

No curso deste trabalho identificou-se a dificuldade do processo civil brasileiro em admitir a produção de provas fora do âmbito do processo. Diferente é no Direito do *Common Law*, próprio de um modelo coordenado de administração de justiça. Lá, tradicionalmente, o juiz tem um papel distante na produção probatória, boa parte realizada mesmo fora do processo. Aqui, o processo se desenvolve como uma sucessão de fases, etapas ou atos, sempre praticados por agentes oficiais. A produção de algum dos atos processuais por agentes não oficiais não é admitida.

⁴⁴⁴ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil* – processo coletivo, p. 365-366.

⁴⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo* – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 123.

⁴⁴⁶ Idem, p. 124.

⁴⁴⁷ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil* – processo coletivo, p. 365-366.

⁴⁴⁸ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual*, p. 365-366. ZAVASCKI. *Processo coletivo*, p. 123-124. ABELHA RODRIGUES, Marcelo e JORGE, Flávio Cheim. “A tutela processual da probidade administrativa”. *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 179-183 Segundo os autores a natureza da ação e suas regras traz dificuldade na aplicação da regra da coisa julgada, mas não faz ser impossível a utilização do sistema coletivo.

A possibilidade dessa colheita de provas fora do processo, por agentes não oficiais – nesse caso, pelas partes e seus advogados – é resultado da característica da composição do modelo coordenado por fusão de funções e uma dispersão de poderes, o que não ocorre no modelo hierárquico, próprio dos países de *Civil Law*. A existência e exigência de agentes oficiais e profissionais colocam o juiz em um papel substancial na atividade probatória e a colheita de provas (*discovery*) é limitada, não havendo significativas disposições alternativas à produção dentro do processo e sendo negada a possibilidade, comum no modelo coordenado – como já referido – da realização de atos preparatórios do provas por advogados, em fase anterior ao processo.

Questão, então, que demanda bastante discussão no âmbito dos processos coletivos é aquela a respeito da eficácia probatória dos elementos colhidos a partir da instauração do inquérito civil pelo Ministério Público. Verdade é que, desde a sua criação pela Lei de Ação Civil Pública e posterior previsão constitucional, até hoje, não houve alguma sombra de pacificação no entendimento desses aspectos da matéria⁴⁴⁹. Da possibilidade ou não de aplicação ou admissão do contraditório no Inquérito à admissibilidade, eficácia e valoração dos elementos ali colhidos dentro do processo, a questão é deveras tormentosa.

Como ressalta Antonio Gidi, parece que nessa seara, admitir ou não o contraditório, dizer ter ou não eficácia a prova lá produzida, a questão parece se resolver “mais ou menos, em linhas profissionais: os membros do MP defendem que não, enquanto os advogados defendem que sim”. Contudo, ainda que no todo seja possível concordar com referido autor, no sentido de não haver uma “resposta dogmática pronta”,⁴⁵⁰ é possível e necessário encontrar respostas para cada um dos pontos polêmicos a respeito da produção de provas no âmbito do inquérito civil.

O inquérito civil tem previsão legal - art. 8º, § 1º, da Lei nº. 7347/1985, art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, art. 6º da Lei nº. 7853/1989, art. 201, V da Lei nº. 8069/1990 e art. 26, I da Lei nº. 8625/1993 - e constitucional - art. 129, III da CF/1988.

⁴⁴⁹ A falta de esclarecimento e acordo no entendimento talvez venha da ausência de legislação mais específica ou detalhada quanto à matéria, a exemplo do que se fez recentemente com o processo penal e a alteração sofrida pelo art. 155, agora assim redigido. [Art. 155](#). O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Dos Anteprojeto, apenas o CBPC-IBDP trata da prova produzida em inquérito, em seu art. 23, §3º - *A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção.*

⁴⁵⁰ GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 433.

Quanto à natureza e às características desse procedimento as divergências existem, mas não são muitas. Vale notar algumas delas. Sua natureza não é jurisdicional, não sendo, assim, processo. Tem “fisionomia procedimental”.⁴⁵¹ A conceituação de sua natureza, via de regra, é a de “procedimento administrativo investigatório de caráter inquisitivo, instaurado pelo Ministério Público, com objeto de coleta de elementos de “convicção para as atuações processuais a seu cargo”.⁴⁵² Divergem de algum modo Daniel Amorim Assumpção Neves que o considera uma cautelar preparatória probatória *sui generis*⁴⁵³ e Marcelo Abelha Rodrigues que vê no instituto um procedimento administrativo formal e solene.⁴⁵⁴

Quanto aos seus elementos constitutivos – ou características, há também certa concordância, com a divergência, contudo, quando do aprofundamento das questões atinentes a cada um deles. Essas características são: i) titularidade exclusiva do Ministério Público, ii) facultatividade, iii) formalidade restrita, ou natureza inquisitiva, iv) publicidade, v) auto-executoriedade.⁴⁵⁵

Como ressaltam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, de *lege lata*, só há o inquérito civil público, ou seja, o procedimento de titularidade exclusiva do Ministério Público. Para os autores, a evolução deve permitir, de *lege ferenda*, que os co-legitimados “possam contar com procedimentos administrativos tendentes a reunir elementos de prova e convicção para o ajuizamento da ação coletiva, procedimentos em tudo semelhantes ao inquérito civil”. A observação é correta, mas nem é preciso ir tão longe. Os próprios autores lembram que ainda que de titularidade exclusiva do *parquet*, o procedimento pode servir a trazer elementos à propositura da ação coletiva pelos demais co-legitimados.⁴⁵⁶

O objeto de investigação do procedimento poderá ser qualquer tipo de ofensa a direito transindividual, e poderá ser utilizado, inclusive para apuração de violação de direitos

⁴⁵¹ A expressão é de ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 101.

⁴⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. MILARÉ, Édis (coord.). *Ação Civil Pública após vinte anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 223, PROENÇA, Luis Roberto, *Inquérito civil: atuação investigatória do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Como Procedimento investigativo informal, de caráter inquisitivo DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 216.

⁴⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória “*sui generis*”. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 225.

⁴⁵⁴ ABELHA RODRIGUES. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 101.

⁴⁵⁵ NEVES. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória “*sui generis*”, p. 225.

⁴⁵⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 215, nota. 1; ABELHA RODRIGUES. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 103-104.

individuais indisponíveis que demandem atuação do Ministério Público.⁴⁵⁷ Nesse entender, não se aplica a restrição de sua instauração para averiguação de ofensa a direitos individuais homogêneos.

Diz-se facultativo referido procedimento pela circunstância de, uma vez presentes elementos suficientes a propor a Ação Civil Pública, ele é dispensável. Não se justifica a sua conceituação como *condição de procedibilidade para a propositura da ação civil pública*, a propositura da ação não está de forma nenhuma adstrita à prévia instauração do inquérito.⁴⁵⁸ Entretanto, ainda assim, mesmo possível a instauração da ação por existentes elementos suficientes, ele pode se justificar como meio para otimizar a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta.⁴⁵⁹

Nesse sentido, dispõe a Resolução nº 23, do Conselho Nacional do Ministério Público, de 17 de setembro de 2007:

Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.
Parágrafo único. O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria.

Por ser o Inquérito Civil procedimento estatal será regra a publicidade dos seus atos, excepcionalmente permitido o sigilo. Não haverá publicidade nos casos em que: i) o Ministério Público tenha obtido informações sobre as quais recaia sigilo legal, casos em que passa a ser responsável pela preservação do sigilo, ii) se a publicidade pode acarretar prejuízo à investigação ou ao interesse coletivo⁴⁶⁰, iii) quando a publicidade possa representar danos significativos à imagem do investigado.⁴⁶¹

A disciplina da condução do Inquérito Civil e a publicidade dos atos, com as ressalvas dos casos de sigilo, de acordo com o CNMP, assim está determinada:

⁴⁵⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85. Nesse sentido também DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 220.

⁴⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública – comentários por artigo Lei 7347/85*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007, p. 258-259.

⁴⁵⁹ NEVES. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória “*sui generis*”, p. 225.

⁴⁶⁰ MAZZILI, Hugo Nigro, *O inquérito civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192. Em boa hora o autor lembra o conhecido caso *Escola Base*, em que o Superior Tribunal de Justiça, condenou o delegado pela divulgação de informações à imprensa, sem provas e antes da conclusão das investigações. REsp 351779/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 09/02/2004 p. 151.

⁴⁶¹ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 224.

Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

§ 1º Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/95.

§ 2º A publicidade consistirá:

I - na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

II - na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

III - na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;

IV - na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;

V - na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil.

§ 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.

§ 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

§ 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.

Art. 8º Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

No entanto, mesmo com a mitigação da publicidade deve ser permitido o acesso aos autos tão somente ao interessado e seus patronos, com exceção de dados ou documentos cobertos por sigilo legal, ou outros ainda em curso ou não introduzidos no inquérito e cuja revelação possa representar prejuízo à investigação, tudo conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no inquérito policial.

II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluam os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja

o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. (HC 82354, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24-09-2004 PP-00042 EMENT VOL-02165-01 PP-00029 RTJ VOL-00191-02 PP-00547.

A condução do procedimento aqui referido fica a cargo do membro do Ministério Público, em função do caráter de auto-executoriedade do procedimento, que deve fazê-lo de forma imparcial, na investigação e apuração do fato e na colheita da prova.⁴⁶² Aqui, até mesmo o controle do arquivamento fica a seu cargo. Para melhor entendimento, são transcritas as regras da Resolução nº 23 do CNMP:

Art. 2º O inquérito civil poderá ser instaurado:

I – de ofício;

II – em face de requerimento ou representação formulada por qualquer pessoa ou comunicação de outro órgão do Ministério Público, ou qualquer autoridade, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização;

III – por designação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, Câmaras de Coordenação e Revisão e demais órgãos superiores da Instituição, nos casos cabíveis.

§ 1º O Ministério Público atuará, independentemente de provocação, em caso de conhecimento, por qualquer forma, de fatos que, em tese, constituam lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, devendo cientificar o membro do Ministério Público que possua atribuição para tomar as providências respectivas, no caso de não a possuir.

§ 2º No caso do inciso II, em sendo as informações verbais, o Ministério Público reduzirá a termo as declarações. Da mesma forma, a falta de formalidade não implica indeferimento do pedido de instauração de inquérito civil, salvo se, desde logo, mostrar-se improcedente a notícia, atendendo-se, na hipótese, o disposto no artigo 5º desta Resolução.

§ 3º O conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no artigo 2º, inciso II, desta Resolução.

§ 4º O Ministério Público, de posse de informações previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 que possam autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, poderá complementá-las antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto, instaurando procedimento preparatório.

§ 5º O procedimento preparatório deverá ser autuado com numeração seqüencial à do inquérito civil e registrado em sistema próprio, mantendo-se a numeração quando de eventual conversão.

§ 6º O procedimento preparatório deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual prazo, uma única vez, em caso de motivo justificável.

§ 7º Vencido este prazo, o membro do Ministério Público promoverá seu arquivamento, ajuizará a respectiva ação civil pública ou o converterá em inquérito civil.

⁴⁶² MAZZILLI. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público, p. 222.

É da análise, todavia, da característica de formalidade restrita e do corrente reconhecimento de sua natureza de procedimento administrativo que surge o problema em admitir ou não possibilidade de aplicação do contraditório dentro do procedimento de inquérito civil. Isso porque é procedimento administrativo de natureza inquisitiva,⁴⁶³ caracterização que, a princípio implica o afastamento das formas mínimas, do contraditório e da ampla defesa.

Há aqueles que, em virtude de classificar o instituto como procedimento e não *processo*, concluem já de plano pela impossibilidade de admissão do contraditório. O raciocínio estrutura-se da seguinte forma: por se tratar de procedimento investigatório informal a adoção do contraditório não pode ser exigida, “sendo a formalidade, a burocracia e a lentidão incompatíveis com instrumento destinado a formar o convencimento do órgão ministerial”. A aplicação do princípio referido colocaria em risco “efetiva defesa do interesse social” uma vez que impediria a atuação célere do *Parquet* com a “rápida propositura da demanda”.⁴⁶⁴ Assim, nessa mesma linha, muitos defendem que, por não haver aplicação de sanção, por não haver acusação, nem restrição de bens ou liberdade, não há que se falar em contraditório.⁴⁶⁵

Assim entendido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que “o princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público”.⁴⁶⁶

Há ainda os que, de outro lado extremo, entendem que deve sim ser aplicado o princípio referido, que não deve ser excluído tão somente por se tratar de procedimento administrativo⁴⁶⁷ e a sua inobservância acabaria por maculá-lo de vício insanável, tendo por consequência a extinção sem julgamento do mérito do processo coletivo.⁴⁶⁸ A posição é certamente exagerada e não parece a mais acertada.

A Resolução nº. 23 do CNMP não exclui a participação do acusado e determina tão somente que a instrução será presidida pelo membro do *parquet* com atribuição na lei.

⁴⁶³ SOUZA, Motaui Giocchetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 85. DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 224. RODRIGUES. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 85. MAZZILI. *O inquérito civil*, p. 192.

⁴⁶⁴ ALONSO JR., Hamilton, A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 293.

⁴⁶⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 321.

⁴⁶⁶ ROMS 7423/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/1997, DJ 03/11/1997 p. 56217.

⁴⁶⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa, O inquérito civil (considerações críticas). MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 700-712, TUCCI, Rogerio Lauria, *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 745, 1997. FIORE, Edgard, O contraditório no inquérito civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 811, 2003.

⁴⁶⁸ TUCCI. *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*, p. 83.

Art. 6º A instrução do inquérito civil será presidida por membro do Ministério Público a quem for conferida essa atribuição, nos termos da lei.

§ 1º O membro do Ministério Público poderá designar servidor do Ministério Público para secretariar o inquérito civil.

§ 2º Para o esclarecimento do fato objeto de investigação, deverão ser colhidas todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico, com a juntada das peças em ordem cronológica de apresentação, devidamente numeradas em ordem crescente.

§ 3º Todas as diligências serão documentadas mediante termo ou auto circunstanciado.

§ 4º As declarações e os depoimentos sob compromisso serão tomados por termo pelo membro do Ministério Público, assinado pelos presentes ou, em caso de recusa, na aposição da assinatura por duas testemunhas.

§ 5º Qualquer pessoa poderá, durante a tramitação do inquérito civil, apresentar ao Ministério Público documentos ou subsídios para melhor apuração dos fatos.

§ 6º Os órgãos da Procuradoria-Geral, em suas respectivas atribuições, prestarão apoio administrativo e operacional para a realização dos atos do inquérito civil.

§ 7º O Ministério Público poderá deprecar diretamente a qualquer órgão de execução a realização de diligências necessárias para a investigação.

§ 8º Os Procuradores-Gerais dos ramos do Ministério Público da União e dos Estados devem encaminhar, no prazo de dez dias, os ofícios expedidos pelos membros do Ministério Público ao Presidente da República, Vice-Presidente da República, Governadores de Estado, Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Ministros de Estado, Ministros de Tribunais Superiores, Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Desembargadores, Secretários de Estado e chefes de missão diplomática de caráter permanente, não cabendo à chefia institucional a valoração do contido no ofício, podendo deixar de encaminhar aqueles que não contenham os requisitos legais ou não empreguem o tratamento protocolar devido ao destinatário.

§ 9º Todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil e ao procedimento preparatório deverão ser fundamentados e acompanhados de cópia da portaria que instaurou o procedimento.

Melhor então, entre a total inadmissibilidade e a exigência de sua aplicação inafastável, andar com aqueles que entendem possível facultar o contraditório, de acordo com sua conveniência prática e sempre observando qual a amplitude possível de tal adoção,⁴⁶⁹ quando ela não se torna prejudicial ao procedimento.

O que haverá no inquérito, portanto, será um aspecto mínimo do contraditório: “o direito de ser informado” O direito de resposta-reação será exercido posteriormente, no curso do processo jurisdicional. Assim, “revela-se de bom alvitre, quando adequada, a participação dos eventuais destinatários da futura ação na produção das provas e nas investigações, possibilitando inclusive a aplicação futura da regra do art. 427 do CPC.”

É possível afirmar que, atualmente, vivemos uma fase de “*processualização*” dos procedimentos: os procedimentos, na medida em que são métodos de exercício de poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, e isso pode ser visto com a difusão da idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicável no âmbito das relações jurídicas privadas), na consolidação do princípio do contraditório no âmbito administrativo com a

⁴⁶⁹ GIDIRumo a um código de processo civil coletivo, p. 433.

Constituição de 1988 e, ainda, com o crescente posicionamento doutrinário em favor do direito de defesa no inquérito policial.⁴⁷⁰

Facultar a participação do investigado, o que não significa necessariamente facultar a aplicação do contraditório deve ser admitido. Essa participação, se não faz surgir o contraditório, ao menos da maior credibilidade à prova “colorindo a prova produzida com cores de maior imparcialidade que aquela produzida unilateralmente pelo MP”.⁴⁷¹ Mas tal participação não basta e sempre que não houver prejuízos deve ser o princípio respeitado, afinal, “entre as vantagens adicionais obtidas com uma maior participação do investigado, pode-se mencionar a produção de uma prova mais forte em juízo”,⁴⁷² prova que certamente terá maior força de convencimento.

Em não sendo possível essa participação do investigado, ou em sendo prejudicial a aplicação do contraditório a solução deve ser a aplicação do “contraditório diferido realizado de forma mais ampla ao final” do procedimento do inquérito ou mesmo já com a instauração da demanda coletiva”.⁴⁷³

Surge então outra questão. Qual a eficácia daqueles elementos colhidos em sede de inquérito civil? Devem ser eles admitidos no processo? Se admitidos, como devem ser valorados?

Aqueles que exigem a aplicação do contraditório no procedimento de inquérito consideram, obviamente inadmissível a admissão dentro do processo da prova lá colhida, se feita em inobservância do princípio em questão.

Hamilton Alonso Júnior, apesar de dizer não ser exigido o princípio no inquérito considera que, em virtude dessa sua característica a prova ali produzida deverá ser reproduzida em juízo.⁴⁷⁴

O ponto apresentado é interessante. A princípio a construção se sustenta. A regra do CBPC-IBDP que trata da prova produzida em inquérito, trouxe exatamente essa previsão, em seu *art. 23, §3º* - *A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção.*

⁴⁷⁰ DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, p. 221.

⁴⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória “sui generis”. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 235.

⁴⁷² GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 435.

⁴⁷³ Idem, p. 434.

⁴⁷⁴ ALONSO JR. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais, p. 294.

Mas será mesmo que a conclusão é simples assim? Serão admitidos somente aqueles elementos colhidos mediante contraditório?

Em relação a provas periciais, por exemplo, sua produção extraprocessual de modo unilateral submetida a contraditório posterior e diferido já em fase judicial é de muito já admitida, a exemplo do processo penal e inquérito policial, muito em função do risco de perecimento do objeto a ser examinado, o desaparecimento dos vestígios do crime e a impossibilidade de repetição da prova em juízo, situação bastante parecida com o que ocorre nas ações ambientais, e a Lei nº. 9605/98 em seu artigo 19, parágrafo único, prevê, inclusive, a possibilidade de aproveitamento da perícia realizada no Inquérito ou no juízo cível para o processo penal, onde será instaurado o devido contraditório a seu respeito.⁴⁷⁵

A regra do Anteprojeto, no que se refere ao contraditório diferido, veio então homenagear algo já admitido pela praxe e pela doutrina. Mas, ainda assim, é tormentoso aplicar a argumentação acima esboçada de que a prova só será admitida se submetida a contraditório.

Os documentos produzidos em Inquérito têm conteúdo público, natureza de documento público, de ato administrativo, a favor dos quais goza presunção de legitimidade, validade, autenticidade e veracidade. Presunção essa que decorre também da previsão do art. 364 do CPC e que é relativa, cabendo e podendo a parte contrária impugnar o ato.⁴⁷⁶

Não subsiste, portanto, o entendimento daqueles que dizem gozarem as provas produzidas no inquérito de presunção absoluta de legitimidade, considerando em conclusão apressada e inadmissível que tais elementos constituiriam prova legal ou tarifada, em exceção ao livre convencimento motivado, de forma que não poderia “o juiz decidir contrariamente aos documentos públicos contidos no inquérito civil, louvando-se de outra prova, estando seu convencimento limitado por força de lei”.⁴⁷⁷

Ora, pensar assim é um retrocesso. É ignorar a regra do art. 131 e o sistema do livre convencimento – persuasão racional. Nem mesmo a presunção *iuris et de iure* “afasta conclusão dessa ordem, pois dispensa a prova a respeito do que se presume”. As únicas

⁴⁷⁵ ALONSO JR. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais,, p. 297. Art. 19. A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa. Parágrafo único. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório.

⁴⁷⁶ ALONSO JR. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais, p. 296-297.

⁴⁷⁷ ABI-EÇAB, Pedro, O inquérito civil como prova. *Revista EPD – Escola Paulista de Direito*, São Paulo: Escola Paulista de Direito, ano 2, no 3, p. 379-399, out/nov, 2006, p. 391. No mesmo sentido, Proenca, p. 111.

presunções possíveis no processo, segundo a doutrina, são as que admitem prova em contrário.⁴⁷⁸

A regra refere-se tão somente ao fato em relação ao qual o documento faz prova e não a estimação e valoração dessa prova pelo juiz⁴⁷⁹, sobre esse incidindo sempre o livre convencimento.

Presunções legais são técnicas legislativas, regras de direito material “que tem finalidade de substituir, na *fattispecie* material, um fato obscuro, ambíguo, não aparente, por outro fato, claro, conhecido e facilmente individualizado” e não vinculam a atividade das partes ou do juiz “não tendo nenhuma incidência direta no *thema probandi*”.⁴⁸⁰

Mesmo com a polêmica, possível é definir algumas bases. Os elementos do inquérito não podem ser, de forma alguma, considerados imprestáveis por se tratar de procedimento administrativo presidido pelo Ministério Público. Alguns cuidados, entretanto, devem ser tomados.

No que toca à perícia e aos documentos que instruem a inicial, o contraditório será exercido de modo diferido, facultando a apresentação de quesitos em juízo.⁴⁸¹ Do mesmo modo será com toda e qualquer prova tida por repetível quando da instauração da ação civil pública. Quanto a eles, entretanto, não será possível dizer que gozam de presunção absoluta de legitimidade, ou que constituem prova plena e legal. Em relação à prova irrepetível, o MP deve permitir ao investigado oferecer quesitos e conhecer os resultados, participando da produção da prova durante o inquérito.

Quanto às demais provas, é preciso considerar que seu valor probatório será “diretamente proporcional à intensidade do contraditório disponibilizado ao investigado, durante a fase de

⁴⁷⁸ AROCA, Juan Montero, *La prueba en el proceso civil*. 3 ed., Madri: Civitas, 2002, p. 131

⁴⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais,

⁴⁸⁰ CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 368. “Nem mesmo a legitimidade dos atos administrativos pode ser presumida, quando dela pretende alguém valer-se para colocar-se em posição mais vantajosa na apuração da verdade. (...) não é mais possível tratar o funcionalismo público como uma casta cuja palavra vale mais do que a de qualquer outro homem de bem, sob pena de sucumbirem todas as liberdades públicas e a dignidade humana dos cidadãos no mais cego autoritarismo. Não é descipiendo recordar que ninguém pode constituir prova em seu próprio benefício pela própria palavra, ou seja, ao MP não é dado, através de órgão e servidores a ele subordinados, pretender construir uma presunção de veracidade que a ele próprio interessa como parte no processo ambiental”. GRECO, Leonardo, As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n 128, p.40-58, out., 2005, p. 51.

⁴⁸¹ MAZZILI. *O inquérito civil*, p. 173.

sua colheita”,⁴⁸² bem como, quanto a sua credibilidade em relação a todo o conjunto probatório.

E não é dizer que “se o réu tiver exercido o contraditório pleno durante o trâmite do inquérito, inclusive na colheita do material probatório, (...) então as provas lá colhidas *excepcionalmente poderão vir a adquirir relevante valor de convicção do juiz*”, é considerar que se houve contraditório esses elementos são provas que devem ser valoradas e examinadas pelo juiz do mesmo modo e com a mesma hierarquia que aquelas produzidas em juízo, não devendo ser a elas impostas restrições apenas por terem sido colhidas em procedimento presidido pelo MP se, dele participou de modo pleno o investigado e seu advogado.

Entretanto, se negada essa participação, se inexistente o contraditório o valor desses elementos será relativo, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial de relatoria da Ministra Eliana Calmon,⁴⁸³ podendo o valor probatório do inquérito ser afastado quando em contraposição com provas de maior hierarquia. A sua valoração, portanto, não poderá e não será absoluta⁴⁸⁴ nem significativa se assim confrontada.⁴⁸⁵

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVA: SÚMULA 7/STJ. 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. 2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. 3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las. 4. Avanço na questão probatória que esbarra na Súmula 7/STJ. 5. Recursos especiais improvidos. (REsp 476660/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20.05.2003, DJ 04.08.2003 p. 274).⁴⁸⁶

O Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública trata da disciplina do inquérito, sem trazer maiores considerações acerca da participação ou não do investigado. Contudo, menciona a necessidade de mecanismos de controle interno do seu processamento e instauração, uma indicação de avanço legislativo.

Art. 53. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

⁴⁸² DINAMARCO, Pedro Silva. Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (orgs.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 253.

⁴⁸³ Nesse sentido MAZZILLI. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público, p. 224.

⁴⁸⁴ ALONSO JR. A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais, p. 299.

⁴⁸⁵ DINAMARCO. Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil, p. 252.

⁴⁸⁶ REsp 644994/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.02.2005, DJ 21.03.2005 p. 336). (REsp 849.841/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28.08.2007, DJ 11.09.2007 p. 216.

§ 2º. O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 3º. É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 54. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§1º. Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu Regimento, no prazo de até 15 (quinze) dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§2º. Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§3º. Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

2.2.6 Soluções e Inovações acerca da Prova

Algumas inovações foram trazidas pelos Anteprojetos na matéria probatória. Na linha dos princípios e evoluções de processo civil apontados no curso do presente trabalho, essas mudanças são representações, em alguns pontos, dessa alteração de perspectiva, do rompimento de paradigma com o modelo anterior. Certamente os dispositivos ainda merecem melhor análise em dados aspectos, mas já representam significativo avanço em relação ao atual estado da questão no regramento vigente.

2.2.6.1 O Custo da Prova

A dificuldade da questão probatória não está somente na sua produção em si, mas pode recair também no custo dessa produção. Em função do art. 18 da Lei nº. 7347/85, não há possibilidade de adiantamento de honorários periciais, o que torna muitas vezes de difícil realização as perícias nos processos coletivos, em especial naqueles conflitos de direito ambiental, em que os exames periciais são custosos e essenciais.

Por outro lado, o dia-a-dia tem demonstrado, inúmeras vezes, o óbice prático criado na aplicação do artigo 18 da Lei 7347/85, que possibilita ao autor da ação civil pública o não adiantamento de *custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas*, pois, embora elogiável o escopo legislativo, nota-se haver resistência dos senhores peritos de trabalharem neste sistema, desencadeando

sanções no trâmite processual por conta de vários *experts* declinarem das nomeações judiciais seguidamente, em prejuízo da boa e normal prestação jurisdicional.⁴⁸⁷

A questão é tão tormentosa que diversas soluções judiciais já foram apresentadas para o problema dos custos da prova pericial: já se decidiu pelo rateio dos custos pelas partes (TRF 1 – AI 01226460); já houve processo paralisado por falta de remuneração do perito (TRF 1 – AI 01483144); determinação de adiantamento dos honorários quando o perito não for servidor da justiça (TRF 4 AI – 9704637136); adotou-se interpretação pela mitigação do art. 18 (TRF 1 – Ag 01000070010); possibilidade de antecipação de honorário de perito não servidor (TRF 1 – AI 01483250).⁴⁸⁸

Nesse ponto específico, para tentar dar solução ao problema e realizar a prova necessária, o Tribunal de Justiça de São Paulo, interpretando a legislação vigente, já decidiu abrindo as seguintes possibilidades: no caso de honorários periciais em ação civil pública: poderá “o perito aguardar até o final do processo para receber, o *expert* aceitar a incumbência como *munus* público ou recorrer-se a técnico integrante do funcionalismo público para a produção da prova”.⁴⁸⁹

Há, ainda, a possibilidade de, uma vez determinada no processo a inversão do ônus da produção da prova seja também invertido o custo para sua produção. Assim foi decidido no Superior Tribunal de Justiça, ainda que, majoritariamente, não seja essa a orientação daquela corte.

- Aplica-se o CDC às operações de leasing. - A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. - Recurso não conhecido. (REsp 383276/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2002, DJ 12/08/2002 p. 219)⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. Prova pericial. MILARÉ, Edis. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 468.

⁴⁸⁸ ANTUNES. Prova pericial, p. 469.

⁴⁸⁹ Agravo de Instrumento nº 263.390.S-6- voto nº 2620, Relator Des. Coutinho de Arruda In NEGRÃO, Theotônio, *Código de processo civil e legislação em vigor*, atualizado por José Roberto F. Gouvêa, 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1163.

⁴⁹⁰ A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de forma geral, não reconhece essa possibilidade. Em sua maioria entende que a inversão não tem o efeito de obrigar o onerado a arcar com os custos da prova. Contudo, decisões como a anterior, diante do caso concreto, se apresentam. “Esta Corte já decidiu que a “regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (REsp nº 466.604/RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/6/03). No mesmo sentido, o REsp nº 443.208/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrigli, DJ de 17/3/03, destacou que a “inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não produção”. Igualmente, assim se decidiu no REsp nº 579.944/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17/12/04, no REsp nº 435.155/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10/3/03 e no REsp nº 402.399/RJ, Rel. o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18/4/05. 3. No caso concreto, configurada a hipossuficiência do consumidor, inclusive com o reconhecimento do benefício de assistência judiciária gratuita em seu favor, e sendo imprescindível a produção de prova pericial para a solução da lide segundo o juízo que a designou, de

Ao fim, percebe-se que, como defende Paulo de Bessa Antunes, a previsão de não adiantamento é figura meramente retórica, uma vez que na prática pode implicar a paralisação das ações.⁴⁹¹ Em face disso, o problema demanda soluções a serem analisadas mediante o caso concreto.

A preocupação e percepção desse peculiar aspecto não se devem somente a soluções judiciais, mas também aos trabalhos da doutrina e dos pensadores de reformas legislativas, como é o caso do CM-GIDI e de seu artigo 12, ou artigo 11, §5º do CBPC-IBDP.

O CM-GIDI trouxe norma segundo a qual pode o juiz ordenar ao réu produzir a prova, ainda contra o seu interesse, sendo ressarcido pelo representante, quando a produção for mais fácil e econômica para o réu do que seria para o representante (art. 12). Mais ainda, o Código em questão prevê a possibilidade de essa produção ser financiada pelo Fundo dos Direitos do Grupo, uma vez que o art. 24.1 autoriza o Fundo a financiar outras demandas coletivas o que, obviamente deve incluir a produção de provas.⁴⁹²

Os demais Anteprojetos, contudo, trazem norma genérica, ao dizer que o juiz determinará tudo o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito. A norma avança em relação ao sistema atual, mas pode ser ainda mais detalhada. O Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública prevê duas hipóteses: a preferência de escolha de perito servidor público e a imposição ao Poder Público da responsabilidade pelo pagamento do trabalho do perito quando não integrante do serviço público.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará o perito, preferencialmente, dentre servidores públicos especializados na matéria da prova.

Parágrafo único. Não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial, competirá ao Poder Público remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

2.2.6.2 A Utilização do Aparato Estatal

Conforme a decisão anteriormente citada do Tribunal de Justiça de São Paulo, em havendo dificuldade na realização da prova, pode o magistrado recorrer a técnico integrante do

ofício, não deve a parte autora arcar com as despesas de sua produção. 4. Recurso especial provido. (REsp 843963/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 16/10/2006 p. 323)

⁴⁹¹ ANTUNES. Prova pericial. ; p. 468-469.

⁴⁹² GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 258.

funcionalismo público para produzi-la. A solução jurisprudencial vem corroborar o que a doutrina já denominava por *princípio da cooperação dos órgãos públicos na produção da prova*.⁴⁹³

Adota essa idéia o CBPC/IBDP que permite ao juiz, em seu art. 11, § 5º solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas: “*Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria*”

Solução também trazida pelo Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública, como se vê a seguir:

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará o perito, preferencialmente, dentre servidores públicos especializados na matéria da prova.

Parágrafo único. Não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial, competirá ao Poder Público remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

2.2.6.3 Prova Estatística e Por Amostragem

CM-Gidi é o que melhor expõe a questão da prova estatística ou por amostragem. Como ressalta o próprio autor, a técnica tem origem no direito norte-americano, onde é conhecida como *probabilistic proof* ou *statistical evidence*. Diz-se ter sido aqui melhor tratada a questão porque, diferente dos demais, nesse Código Modelo a previsão da permissão dessa espécie de prova como complemento à prova direta – quando impossível ou de difícil produção – é feita de forma expressa e não inserida em norma genérica, como foi feito nos demais diplomas.⁴⁹⁴

A utilização da prova estatística ou por amostragem dar-se-ia, então, em complemento à prova direta. Por meio dela ter-se-á um fato conhecido (provado) que se dirá, portanto, um indício, a servir na prova do fato ignorado, objeto do processo.⁴⁹⁵ A partir dele o juiz poderá criar, por raciocínio, uma presunção, dita presunção simples ou judicial. Trata-se, aqui, de aplicação da prova como argumento, do modelo construído neste estudo.

Explica-se: “um fato não é indício em si, senão que se converte em tal quando uma regra de experiência o põe com o fato a provar em relação lógica, que permita deduzir a existência ou

⁴⁹³ DIDIER JR; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil*, 2008, p. 123.

⁴⁹⁴ GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 130.

⁴⁹⁵ COMOGGIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2ª. Ed. Torino: UTET, 2004, p. 473

não existência deste”.⁴⁹⁶ São aqueles “sinais, vestígios, ou circunstâncias que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a verdade de uma alegação”.⁴⁹⁷ Esse sim, é meio de prova.

A presunção é um processo de característica lógico-jurídica, cuja função é partir de um fato conhecido, para resolver um fato ignorado⁴⁹⁸. É, portanto, um raciocínio e não constitui efetivamente meio de prova, mas atividade dedutiva do magistrado.⁴⁹⁹

A presunção judicial é a “extração de conhecimento novo a partir de fato que é diferente, que não se confunde com o fato relevante para a solução do litígio. Então, há na verdade dois fatos: o fato-indício e o fato a cujo respeito preciso formar convicção para decidir a causa”.⁵⁰⁰ A prova estatística ou por amostragem situa-se, então, nesse aspecto: servirá a provar não o fato da causa, mas fato outro a partir do qual será construída uma presunção.

Contudo, a princípio, na teoria geral da prova “os indícios não têm relevância probatória em si mesma, sendo *atos auxiliares* que permitem o conhecimento dos fatos a serem provados”.⁵⁰¹ Mas indício e presunção não se confundem. E as regras de presunção (em especial a admissão de presunções simples) situam-se em local limítrofe entre o direito material e o direito processual e esse o caso da prova estatística.⁵⁰²

Em razão da natureza do fato probando, por vezes é inviável a prova direta,⁵⁰³ admissível, assim, a prova por indícios. Esse entendimento já fora admitido pelo Supremo Tribunal Federal

Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. (HC 70344, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 14/09/1993, DJ 22-10-1993 PP-22253 EMENT VOL-01722-02 PP-00300)

Assim também permitido pelo Superior Tribunal de Justiça:

2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa. (HC 15736/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2001, DJ 23/04/2001 p. 189)

⁴⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco, *A prova civil*. 2. ed. - Campinas: Bookseller, 2002, p. 228.

⁴⁹⁷ LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

⁴⁹⁸ COMOGLIO. *Le prove civile*, p. 471.

⁴⁹⁹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal? DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Prova, exame médico e presunção* – o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Juspodium, 2006, p. 112-113.

⁵⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 19, no76, p. 114-126, out/dez, 1994, p. 120.

⁵⁰¹ CAMBI. *A prova civil*, p. 362.

⁵⁰² GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 130.

⁵⁰³ KNIJNIK. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, p. 27.

Ora “quando os meios de prova direto são indisponíveis” ⁵⁰⁴ ou como diz a norma do CM-Gidi, de difícil ou impossível produção, ganha relevância a admissão e aplicação das presunções na decisão. Presunção essa criada a partir da realização de uma prova estatística ou por amostragem que seja feita em complemento a prova direta ou quando essa for de produção difícil ou impossível, não se tratando de presunção legal, mas daquele raciocínio criado a partir da prova de um fato outro que não aquele da causa.

⁵⁰⁴CAMBI. *A prova civil*, p. 364.

CONCLUSÃO

Proponho que o leitor deva ter o cuidado dos inevitáveis custos em enxergar as coisas do lado de fora: é difícil estar ao mesmo tempo confortável em todos os lugares e em casa em lugar nenhum. “Quisquis ubique habitat nusquam habitat” Aquele que vive em todos os lugares, não vive em lugar nenhum.⁵⁰⁵

A pesquisa realizada no decorrer das linhas acima teve por objetivo desenvolver o modelo de prova adequado ao direito e à realidade brasileiros com a finalidade de interpretação do regime da prova nos processos coletivos. O estudo fez delinear alguns dos muitos problemas concernentes à matéria e, na linha da nova fase metodológica do processo civil, o formalismo valorativo, forneceu também as soluções correspondentes que são, agora, apresentadas de forma tópica, como conclusão ao trabalho.

1. O estudo do direito probatório demanda uma alteração nos paradigmas do Direito Processual. Deve partir, antes de tudo, do reconhecimento de que ainda que o estudo do Direito Processual seja ciência, o próprio processo e seu exercício não é terreno da ciência, mas local de debates, âmbito de resolução de questões práticas, de problemas, de debates, de opiniões. Essa mudança de perspectiva também é consequência da percepção de uma relação estreita entre, prova, contraditório e poderes do juiz, que altera a conformação do processo e da prova no modelo moderno.
2. Assim dito, outra conclusão foi também alcançada e deve ser aqui afirmada. O Direito é fenômeno cultural, carregado de valores e construções essencialmente humanas e, por isso, tem caráter perspectivo, dialético e histórico. Assim também o processo, sempre associado às ideologias próprias de uma sociedade. A técnica e a dogmática processuais são fortemente influenciadas e, porque não, determinadas pelas transformações das diversas esferas da vida social.
3. O estudo tomou por base da identificação dos períodos do Direito Processual, a divisão proposta por Daniel Francisco Mitidiero entre *praxismo*, *processualismo*, *formalismo*. Essa a divisão escolhida por ter o mesmo critério que identifica este trabalho: os endereços culturais – pré-história processual, modernidade processual e contemporaneidade processual – e a metodologia e racionalidade – técnica e prática – que identificam cada período.

⁵⁰⁵ “I propose the reader should be aware of the unavoidable costs of looking at things from the outside: it is hard to be at once comfortable everywhere and at home nowhere. “*Quisquis ubique habitat nusquam habitat*” (One who lives everywhere lives nowhere)” DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*, New Haven/London: Yale University Press, 1986, p. 15.

Ao período atual do Direito Processual, o formalismo-valorativo, aplica-se a racionalidade prática procedimental. Isso em virtude de que, ao contrário da racionalidade técnica, que utiliza de juízos teóricos puros e indutivos que partem de premissas fixas, aquela encontra seu fundamento de validade no próprio procedimento. Está focada no modo de obtenção da decisão judicial e garantida pela pretensão de correção: a pretensão de agir conforme o direito e a justiça. É, então, a mais adequada aos moldes deste trabalho, dentro do modelo argumentativo-cooperativo de prova, adaptado ao Estado Democrático Constitucional Brasileiro, que pressupõe um juiz vinculado ao debate judicial.

4. As relações entre Estado e Direito Processual e a realidade política, ideológica e cultural foi responsável por alterar a face da prova e do direito probatório ao longo da história. O Direito Romano-Canônico rendeu o denominado paradigma legalista, próprio do modelo hierárquico de administração da justiça, a partir da apropriação do processo pelo Estado, que teve por finalidade retirar a criatividade da função judicial, limitando-a a mera aplicação, com a proibição da interpretação.

Com a lei como norte, o processo, desenvolvido dentro do modelo hierárquico de governo, repete em suas regras a ideologia de organização, burocratização e hierarquia próprias do âmbito político-social em que inseridos os ordenamentos. O direito brasileiro é herdeiro dessa tradição, em especial nos ramos do Direito Privado e Processual. A disciplina da prova, nesse modelo é severamente atingida, uma vez que a sua produção por agentes não oficiais não é – ou raramente é - admitida. Também a posição e função do perito dentro da estrutura do processo civil brasileiro são informadas por essa estrutura hierárquica em que os peritos são tidos por assistentes judiciais, escolhidos pelo juiz.

5. O sistema de gestão e avaliação da prova também sofreu alterações no passar dos séculos. A evolução pode ser traçada com início no Direito Romano, em que inexistentes regras limitadoras da valoração da prova. Em seguida, observa-se o surgimento, no Direito Medieval, das ordálias, em que a prova era entendida como um jogo, um duelo ou uma manifestação mística ou divina. O Direito Comum, na Idade Média, fez substituí-la por um sistema de provas organizadas segundo critérios hierárquicos, apriorísticos e matemáticos, que vinculavam a função judicante. A Revolução Francesa foi responsável pelo repúdio à prova legal, retirada, aos poucos, dos ordenamentos. O sistema, hoje, na ciência do Direito Processual brasileiro é o da *persuasão racional*, que pressupõe que o convencimento do juiz é livre e, via de regra, não existirão tarifas às provas.

Para controle do juízo do fato são adotados os *standards* probatórios - preponderância de provas, prova clara e convincente e prova além da dúvida razoável-, com o que ficam estabelecidos graus de corroboração das proposições e, ao mesmo tempo, determinado qual o nível (grau) suficiente para considerar provada a proposição dentro do processo.

6. Em função das conclusões anteriores, uma outra se impõe: toda verdade é relativa, determinada pela própria condição humana, que é limitada em diversos aspectos. No processo essa relatividade é dada como maior aproximação possível de ser alcançada diante das provas dos autos, observada a disciplina legal e constitucional da prova e do processo, limitada por critérios justos, guiada pela pretensão de correção do processo – a justiça da decisão, observada a razão prática procedimental.

7. Na história, com a apropriação do processo pelo soberano, e a passagem do *iudicium* ao *processus*, ao modificar o modo de pensamento aplicado ao direito, alterou-se o modo de pensamento aplicado à prova. Com a estatização do processo, mudou-se de um processo guiado e construído pela práxis e pela doutrina, em que o juiz poderia dispor sobre os modos e formas do processo para um processo como monopólio estatal, em concepção, de modo inafastável, publicista e estatizada, em que não mais havia aquela condição dialética, em que partes e juiz ficavam em posição isonômica, havendo uma ordem assimétrica, com um juiz burocrata, funcionário, organizador e controlador.

8. A racionalidade anterior, do *ordo* medieval é prática e concebe o direito como um problema. A atividade processual se realiza por meio da dialética entre os participantes do processo, apoiada na opinião e no debate. O conceito fundamental para a retórica é o problema, o caso concreto. No sentido apresentado pelo modelo clássico o fato não é um dado externo, nem absoluto, mas sim algo a ser reconstruído dentro do processo, e que não pode ser conhecido em sua totalidade, mas alcançado por meio de verdades prováveis, verdades relativas.

9. Assim, se antes o direito processual medieval, utilizava-se da dialética, pelo discurso argumentativo na busca do provável, o direito moderno utilizou-se da técnica, da lógica apodítica e da ciência, que buscam verdades absolutas, informado por uma racionalidade técnica.

10. De outro lado está a racionalidade prática, mais especificamente, a procedimental, cujas decisões se legitimam pelo procedimento, uma vez observadas as regras estabelecidas. A validade não é mais dada por um critério material anteriormente definido mas pelo

procedimento, orientado por regras que poderão ser, essas sim, abstrata e anteriormente estabelecidas. O discurso judicial deve se assentar em uma razão prática procedimental, baseada no senso comum, na dialética e na prova, e não em construções técnico-científicas. Limitado, ainda, pelo estatuto (leis), pelos precedentes e pela dogmática teórica e – no caso dos procedimentos judiciais, mais especificamente –, pela legislação e regulamentações processuais

10. Verdade, como ficou conceituado no trabalho é a correspondência entre a realidade e a noção ideológica que o sujeito cognoscente acerca dos enunciados fáticos trazidos ao processo – aceitável numa perspectiva da prova que não mais a localiza como demonstração técnica, como verdade absoluta. O conceito ainda é um conceito de relação, mas o entendimento aqui esboçado é o de que o conhecimento da realidade é intermediado pela linguagem e construído pela dialética. Prova e verdade assim entendidas resgatam o papel do debate e das partes do processo, e a valoração dos fatos.

11. Pensamento tópico-retórico e o modelo argumentativo-cooperativo não são incompatíveis com o pensamento sistêmico – entre eles há verdadeira complementação mútua.

12. O modelo construído é argumentativo e também cooperativo, em que partes e juiz trabalham na reconstrução dos fatos. Um processo baseado no diálogo, uma prova entendida como argumentação somente poderão se concretizar dentro de uma estrutura processual cooperativa, que imponha direitos e deveres às partes e ao juiz. O modelo argumentativo-cooperativo tem por fundamento a isonomia entre partes e juiz, entre cidadãos e Estado, de modo que ocupem posições coordenadas. Essa posição, contudo, é e deve ser paritária no diálogo, e assimétrica na decisão.

A racionalidade do modelo retórico-persuasivo e argumentativo do fenômeno probatório, do modelo isonômico de processo, é a que atende às premissas do formalismo-valorativo e da constitucionalização do processo por ser a única capaz de prover as reais necessidades dos litígios coletivos.

13. Os Códigos brasileiros – o Código Civil de 1916 e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 – inspirados na teoria liberal, fulminaram a tutela coletiva, por colocar no foco o direito individual, com o direito civil considerado o direito por excelência. Contudo, a realidade da sociedade de massas trouxe necessidades próprias e, especialmente, a necessidade de superação da pretensão de uma codificação rígida e abrangente de todos os pontos referentes à matéria.

A sistemática do processo coletivo, assim, é representativa da era da descodificação, com o surgimento de leis esparsas sem pretensões de exaustão do tema, com princípios próprios que levam, especialmente, a uma interpretação aberta. É o chamado *microssistema* do processo coletivo. Nele, as regras do processo civil individual aplicam-se tão somente de modo residual, pelo que muitas das disposições trazidas pelos Anteprojetos foram objetos de crítica, por não observarem a sistemática do microssistema

14. O princípio do contraditório deve ser entendido para além da visão de um direito a uma audiência jurídica, o direito a ser ouvido, respondendo aos argumentos da parte contrária. Na ótica do formalismo-valorativo, compreende a noção de direito de influência e dever de debates. Influência como direito ou possibilidade de influir no convencimento do juiz e no resultado da demanda. E, por assim ser, implica dever do juiz no sentido de instaurar um verdadeiro debate judiciário sobre as questões discutidas no processo, o que o impede que venha a aplicar, em sua decisão, visão jurídica não discutida no processo

15. Nos processos coletivos há revalorização da função criativa do juiz sob dois aspectos: uma no que concerne à instrução processual – ativismo judicial em matéria probatória ou *case management* -, outra na implementação de políticas públicas – ativismos como intervenção em políticas públicas ou *Public Law litigation*. Ambos se coadunam com o interesse primário público dessas causas e, respeitados os limites da atuação dos Poderes, para o segundo caso e os princípios do contraditório e da ampla defesa, para o primeiro.

16. Outro princípio que informa os processos coletivos, como decorrência da instrumentalidade das formas é o denominado interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo. Fica com isso sedimentada, entre outras regras, a disposição referente à coisa julgada *secundum eventum probationis* – cuja intenção é que, no processo coletivo, a sentença, procedente ou não, consubstancie-se em efetiva apreciação do mérito e não em mera situação fictícia criada a partir da aplicação da regra do ônus, por insuficiente a prova produzida com fins de convencer o magistrado.

17. Por fim, dentre os princípios está a cooperação, que impõe deveres às partes e ao juiz. Dentre os deveres impostos ao tribunal (juiz) estão os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e de auxílio, na linha da postura ativa do juiz e da necessidade de esclarecimento de vedação de surpresa quanto a eventuais posicionamentos. Quanto as partes impõe-se dever de litigância de boa fé, de verdade e de cooperação, segundo o qual não se admite protelação sem fundamento sério do trânsito em julgado da decisão e no tocante à prova, de prestar a devida colaboração para a descoberta da verdade.

18. Na linha do modelo argumentativo-cooperativo são interpretados os institutos do processo que importam ao direito probatório. Os primeiros objetos de análise foram a audiência preliminar e a decisão saneadora. Ali ficou assentado que na atual disciplina só há um despacho saneador quando, inexistentes vícios ou nulidades insanáveis que tenha por consequência decisão sem julgamento de mérito ou julgamento antecipado da lide, o procedimento deve prosseguir para a instrução em audiência. Nesse entender, toma importância crucial por ser a decisão de saneamento, dentro de um contexto dialético de processo, momento de fixação do *thema probandum* e, portanto, do problema, mas também de decidir questões como a distribuição e inversão do ônus da prova.

19. Ali também foi assentada a necessidade de ampla interpretação do objeto dos processos coletivos, de seu pedido e causa de pedir, conforme disposto nos Anteprojetos, com a consequente permissão de alteração ou ampliação do pedido e causa de pedir no curso do processo, com a ressalva de limite temporal, até a decisão saneadora, constante no art. 15 do CBPC-UERJ/UNESA.

20. No que tange ao ônus da prova, muitas foram as considerações e polêmicas levantadas. De início a adoção da tese de, a aplicação inversão segundo o CDC, demanda existência simultânea de seus requisitos – a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das alegações.

21. No ponto mais controverso, o momento de operar a inversão, concluiu-se por ser mais adequado o momento anterior ao início da fase instrutória, sempre que assim for possível, em respeito à igualdade e ao contraditório, com a respectiva concessão de oportunidade de produção da prova a que o encargo correspondente.

22. No tema do ônus da prova importou ainda falar da tese da distribuição dinâmica, aqui admitida como tendo por critério a hipersuficiência ou maior possibilidade de produção da prova. Na mesma linha da doutrina, entende-se aplicável o instituto a partir da lei atual, sem necessidade de alteração legislativa. De todo modo, segundo o CBPC-UERJ/UNESA a distribuição dos encargos probatórios deve ser feita na decisão saneadora, e não na sentença, antes, portanto, da realização das provas, previsão que segue a linha adotada neste trabalho.

23. A regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* em sua origem tem fundamento em uma preocupação com uma possível ação coletiva mal proposta ou mal conduzida, em face de negligência ou falta de capacidade do legitimado ativo, ou ainda, da colusão entre as partes. Assim, segundo a norma, uma ação assim conduzida, em que a prova fosse mal

produzida, levando a improcedência, não pode fazer uma questão relevante de direito transindividual se tornar irretratável. Além disso, em função da natureza dos direitos envolvidos, nos processos coletivos a intenção é sua extinção através de uma sentença que efetivamente aprecie o mérito

24. Para que tal norma produza efeitos, desnecessário que o magistrado lance em sua decisão que decide pela improcedência em razão da insuficiência das provas produzidas. O critério será substancial, que reconhece não ser necessário estar assim expresso na sentença e que insuficiência da prova deverá ser aferida pelo magistrado que recebe a inicial da ação reproposta.

Vale lembrar, ainda, que esta pesquisa discorda da aplicação acrítica do art. 103 do CDC, que exclui a regra em comento dos casos de direitos individuais homogêneos. Na linha aqui adotada, a conclusão é pela incidência para todos os direitos coletivos *lato sensu*, uma vez não ter havido exclusão da regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* para aquela espécie de direitos coletivos, apenas silêncio da lei. Assim, no silêncio da lei, deve ser dada a interpretação do microssistema, sob pena de prejuízo do direito coletivo em referência.

25. Em se tratando de ação por prática de ato de improbidade administrativa, a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* será aplicada quanto ao pedido de ressarcimento ou indenização. Quanto à aplicação de sanção ao delito, vale o regime jurídico da coisa julgada conforme o processo civil individual: qualquer decisão de mérito, favorável ao autor ou não, pode tornar-se indiscutível.

26. O inquérito civil também foi tema abordado nesta dissertação, definido como procedimento administrativo de natureza inquisitiva, público, de titularidade exclusiva do MP, facultativo e auto-executável.

27. Em função de ser procedimento de natureza inquisitiva, com dispensa das formas mínimas, o contraditório e a ampla defesa não são exigidos em seu âmbito. Conclui-se aqui, no entanto, ser a melhor posição aquela que entende possível facultar o contraditório, de acordo com sua conveniência prática e sempre observada qual a amplitude possível de tal adoção, quando ela não se torna prejudicial ao procedimento. Esse contraditório se revela como direito de informação e participação mas, não necessariamente como reação-resposta, a ser exercido em momento posterior, quanto instaurada ação.

28. O valor dos elementos produzidos em inquérito como prova, será considerado de forma proporcional à intensidade do contraditório facultado ao investigado bem como, quanto a sua credibilidade em relação a todo o conjunto probatório.

29. A disciplina da prova aponta dificuldades, ainda no custo de sua produção. A previsão de não adiantamento de custas da LACP pode ocasionar paralisação do feito e impossibilidade de realização da prova. A jurisprudência vem tentando solucionar o problema de variadas formas. Os Anteprojeto, atentos a essa dificuldade, trouxeram algumas soluções ,como o art. 12 do CM-GIDI segundo o qual pode o juiz ordenar ao réu produzir a prova, ainda contra o seu interesse, sendo ressarcido pelo representante, quando a produção for mais fácil e econômica para o réu do que seria para o representante, ou ainda seu financiamento pelo Fundo.

30. Na mesma linha, para solucionar os problemas impostos na produção da prova, em nome do *princípio da cooperação dos órgãos públicos na produção da prova* o CBPC/IBDP, em seu art. 11, § 5º e o Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública, art. 21, permitem ao juiz solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas.

31. Outra previsão que acompanha o modelo argumentativo-cooperativo de prova é a utilização da prova estatística ou por amostragem como complemento à prova direta. Assim definida e trazida pelos Anteprojeto, trata-se de aplicação da prova como argumento, quando de difícil ou impossível produção a prova direta, ganha relevância a admissão e aplicação das presunções na decisão, como um raciocínio criado a partir da prova de um fato outro que não aquele da causa.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro, O inquérito civil como prova. *Revista EPD – Escola Paulista de Direito*, São Paulo: Escola Paulista de Direito, ano 2, n. 3, p. 379-399, out/nov, 2006.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

_____. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (org) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 244-253.

_____. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p.43-78, jul-set/ 1995.

_____. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. DANTAS, Marcelo Buzaglo; LEITE, José Rubens Morato (org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 146-200.

_____. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo e JORGE, Flávio Cheim. A tutela processual da probidade administrativa. In BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coord.) *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 179-183.

ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALONSO JR., Hamilton, A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 291-307.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-243.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244-259.

_____. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. Disponível na internet em (www.mundojuridico.adv.br), acesso em 27/04/2007.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 137, p. 7-31, agosto 2006.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260-274.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, disponível em www.mundojuridico.com.br, acesso em 3/9/2007.

ALVIM, Arruda, et alli. *Código do consumidor comentado - e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2 processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la topica juridica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

AMARAL, Guilherme Rizzo, Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldron. In KNIJNIK, Danilo (coord.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 129-150.

ANTUNES, Paulo de Bessa. O inquérito civil (considerações críticas). In MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 700-712.

_____. Prova pericial. In MILARÉ, Edís. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARENDT, Hannah, *A vida do espírito*, trad. Antonio Abranches e Helena Martins, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

AROCA, Juan Montero, *La prueba en el proceso civil*. 3. ed., Madri: Civitas, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípio jurídicos*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Standards* probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.) *Prova judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153-170.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Processo e ideologia. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, pp. 19-36, abr/jun, 2003.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Verdade e significado*, disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 06/03/2008.

_____. "Questão de fato" em recurso extraordinário, disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>, acesso em 20/09/2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, n. 118, pp. 75-88, nov/dez, 2004.

_____. Duelo e processo. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 112, pp. 177-185, out/dez, 2003.

_____. Julgamento e ônus da prova. In _____. *Temas de direito processual*- segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In _____. *Temas de direito processual* - quarta série, p. 45-51. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 19, n. 76, p. 114-126, out/dez, 1994.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In _____. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. terceira série.

BATISTA, Francisco das Neves. *O Mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELTRAN, Jordi Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In *O Poder Simbólico*, trad. Fernando Tomaz, 8 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 07, p.101-118, jul-set/1993.

BRETONE Mario. *História do direito romano*, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja, Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

BUCHILI, Beatriz da Consolacao Mateus. Meios e fontes de prova no processo e conhecimento: prova, testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária* – estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-68.

CABRAL, Antônio do Passo, A causa de pedir nas ações coletivas. In DIDIER JR. Fredie. MOUTA, José Henrique, *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodium: 2009, p. 61-88.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio Come Diritto d'influenza e Doveri Di Dibattito, *Rivista di diritto processuale*, anno 60, n.2, p. 449-464, 2005.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*, trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALAMANDREI, Pietro, *Instituciones de derecho procesal civil: segundo el nuevo codigo*, v. 3, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro: 1996.

CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. ARGUMENTA. Revista Jurídica do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOP, n. 3. Jacarezinho: 2005.

_____. *A prova civil* – admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Adriana Pereira. Apresentação. CAMPOS, Adriana Pereira (org.) *Velhos temas, novas abordagens: História e Direito no Brasil*, Coleção Rumos da História, vol. 2, Vitória: PPGHIS, 2005.

CAMPOS, Adriana Pereira. Uma introdução à História do Direito Moderno. In CAMPOS, Adriana Pereira (org.) *Velhos temas, novas abordagens: Historia e Direito no Brasil*, Coleção Rumos da História, vol. 2, Vitória: PPGHIS, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil, trad. Athos Gusmão Carneiro. *AJURIS*, ano VIII, n. 23, novembro, 1981, p. 7-31.

_____. Acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. Tradução Hermes Zaneti Jr.. *Cadernos de Direito Processual* - teoria geral do processo civil constitucionalizado, n. 2, p. 375-394, Vitoria: Heliograf, 2008.

_____. El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición civil law – common law, *Proceso, ideologias, sociedad*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1974, pp. 315-361.

_____. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1972.

_____. *O processo civil no direito comparado*, trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

_____. *Procesos, ideologia, sociedad*, trad. Santiago Sentís Melendo, Tomaz A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, (contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile), Parte Prima, 2ª ed., Milano: Guiuffrè, 1962.

CARNELUTTI, Francesco, *A prova civil*. 2. ed. - Campinas: Bookseller, 2002.

CARPES, Arthur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *AJURIS*, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 104, p. 9-18, dez/2006.

_____. *Prova e participação no processo cível: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. UFRGS. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Danilo Knijnik. Porto Alegre, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo Lei 7347/85*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007.

CASTANHO, Renata. MILARÉ, Édís, A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Goncalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASTELLANOS, Angel Rafal Marino; TERRURÓ, Suzana Maria da Glória, La triple dimension de los derechos humanos. In ABREU, Carlos Eduardo de; ARAUJO, Nadia de (org.) *Os direitos humanos e o direito internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHARTRES, Ivo de. *Panormia*. Disponível em <http://www.wtamu.edu/~bbrasington/ivo.html>.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, may 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, trad. J. Guimaraes Menegale, vol. 2, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*. 2ª Ed. Torino: UTET, 2004.

COOPER, David; TOMLIN, Jonathan T. Expert testimony, technical advisors, and the determination of damages. disponível em <http://ssrn.com/>, acesso em 26/06/2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In _____. (coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, São Paulo: Renovar, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*, trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico* (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Lições de processo civil romano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr; Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, ano 48, n. 280, p. 5- 20, fevereiro 2001.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*, New Haven/London: Yale University Press, 1986.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed, vol. 1, Salvador: Juspodium, 2008.

_____. O princípio da cooperação – uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 127, p. 75-80, set, 2005.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*, vol. 4, 3. ed., Salvador: Juspodium, 2008.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*, vol. 4, 4. ed., Salvador: Juspodium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. 1 e 2., 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DINAMARCO, Pedro Silva. Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DONDI, Angelo. Paradigmi processuali ed « expert witness testimony » nel diritto statunitense. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffré, 1996, p. 261-285.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 07, p. 30-36, jul/set 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

IORE, Edgard, O contraditório no inquérito civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 811, 2003.

FOUCAULT, Michel, *A Verdade e as formas jurídicas*, trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed., Rio de Janeiro: Nau, 2005.

_____. *Microfísica do poder*, trad. de Roberto Machado, 13. ed., Rio de Janeiro: Edições Graau, 1998.

GADAMER, Hans-George, *Verdade e Método -I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, trad. Flavio Paulo Meurer, 6 ed., Petrópolis: Vozes, 2004

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 33-41, jul/mar 1995.

_____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 111, p. 192-298, 2003.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Cosa juzgada coletiva. Eficacia y autoridad de la sentencia: el código modelo y la teoria de Liebman. In GIDI, Antonio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un código modelo para iberoamérica* 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2004, p. 261- 296.

_____. Las acciones colectivas en Estados Unidos. In GIDI, Antonio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *Procesos Colectivos, - la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2004, p. 1- 25.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil*, trad. Lucio Cabrera Acevedo. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. 4. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova - contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. L'ordo judiciarius medioevale. *Rivista de Diritto Processuale*. Anno XLIII, n. 3, p. 589-613, apr/jug. 1988.

GODINHO, Robson Renault. Prova e acesso à justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova. In BARONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (coord.), *Aspectos processuais do Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242-262.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal? In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Prova, exame médico e presunção – o artigo 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodium, 2006, p. 111-120.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*, trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. *História do direito português – fontes de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOODRICH, Peter, Rethoric as jurisprudence: an introduction to the politics of legal language. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, n. 01 (HeinOnline, n. 04, Oxford J Legal Stud. 88, 1984, pp 88-122).

GRECO, Leonardo. A prova no processo ambiental. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 128, p.40-58, out., 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (org) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, in *Revista Forense*, n. 301. p. 3-12, 1988.

_____. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In _____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 202-211.

_____. et al. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

_____. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. _____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

GROOS, Samuel R.; MNOOKIN, Jennifer L. Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy, disponível em <http://ssrn.com/>, acesso em 26/06/2007.

HABERMAS, Jürgen, *A ética da discussão e a questão da verdade*, trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, trad. Márcio Suzuki. *Revista de Estudos Avançados da USP*. São Paulo, v. 3, n. 7, pp. 4-19, set./dez. 1989.

_____. *Verdade e justificação*, trad. Milton Camargo Mota, Edições Loyola, São Paulo: 2004.

HESPAÑA, Antonio Manuel Botelho. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. 3. ed. Portugal: Fórum da História, 2003,

_____. Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma. In HESPAÑA, Antonio Manuel (org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HOBBSAWN. Eric, *Sobre história*, trad. Cid Knipel Moreira, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, 4^a ed. Milano: Giuffrè, 1999.

KASER, Max. *Direito privado romano*, trad. Samuel Rodrigues, Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In FUX, Luiz et alli (coord.) *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.942-951.

_____. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

_____. O Código e o formalismo processual. *AJURIS* - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 18, Porto Alegre: AJURIS, 1983.

_____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAMAS, Félix Adolfo. Tradición, tradiciones y tradicionalismos. *Tradição, revolução e pós-modernidade*. Campinas: Millennium, 2001.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva – 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do fundo de defesa dos direitos difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 185-199.

MACCORMICK, Neil, *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*, trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre. Fabris Editor, 1998.

MALATESTA, Nicolai Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, com anotações atualizadas, trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses individuais. In MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (org.) *Processo civil coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil*, vol. 1 - teoria geral do processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novas linhas do processo civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima, et. al. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES JR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coords.). *Ação popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigro, *O inquérito civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública após vinte anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 221-246.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (org) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, pp. 16-32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O código modelo de processos coletivos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva – 20 anos da Lei de ação civil pública e do fundo de defesa dos direitos difusos. 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33-47.

MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*, trad. Eduardo L. Suarez. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, trad. Santiago Sentis Melendo. Colômbia: Temis, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A lógica da prova no *ordo judiciarius* medieval e *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69-92.

_____. *Colaboração no processo civil – pressuposto sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. _____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

_____. ZANETI JR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. : MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*, trad. Herbert Wüntzel Heinrich. 3. ed., Campinas: Bookseller, 1996.

MONTESANO, Luigi, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via, *Rivista di diritto processuale*, anno 55, n.4, p. 929-947, 2000.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 05, p.190-201, jan-mar/1993.

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, p.135-149, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/1997.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata: Librería Editora Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

NEGRÃO, Theotonio, *Código de processo civil e legislação em vigor*, atualizado por José Roberto F. Gouvêa, 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 01, p. 200-221, março 1992.

NEVES, Antônio Castanheira, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória “sui generis”. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 215-245.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, Joaquim Jose Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil – lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, vol III: arts. 270 a 331*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Processo e democracia. GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (coord.), *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEYRANO, Jorge W; WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICARDI, Nicola. Il giudice e la legge nel Code Louis, *Rivista di diritto processuale*, anno 50, n.1, p. 33-48, 1995.

_____. Il principio del contraddittorio, *Rivista di diritto processuale*, anno 53, n. 3, p. 673-681, 1998.

_____. A vocação do nosso tempo para a Jurisdição. _____. *Jurisdição e processo*, organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-32.

_____. Do juízo ao processo. _____. *Jurisdição e processo*, organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33-68.

_____. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. _____. *Jurisdição e processo*, organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-126.

PICO I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996.

PIERANGELI, Jose Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, tomo I.

PORTANOVA, Rui, *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POULIN, Anne Bowen. Credibility: A fair subject for expert testimony?, disponível em <http://ssrn.com/>, acesso em 26/06/2007.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigatória do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, André de Carvalho, *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

REALE, Miguel, *Experiência e cultura*, Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIS, Marcio Monteiro, Moral e direito – a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In TORRES, Ricardo Lobo (org) *Teoria dos direitos fundamentais*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSEMBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. Ernesto Kotoschin. Buenos Aires: B de F LTDA, 2002.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 157, pp. 51-71, abr/jun, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. : SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005

_____. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grande temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978.

SILVA, José Afonso da; *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Fabio Costa. *Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 86, p. 174-184, abr/jun, 1997.

SOUZA, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (dir), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA, Motauro Giocchetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad, trad. Andréa Greppi. In *Derechos e Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año VII, enero/diciembre, 2002

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1997, p. 553-573

_____. *La prueba de los hechos*, trad. Jordi. Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005;

_____. Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 219-249.

TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz. *Lições de processo civil canônico* (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogerio Lauria, Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 745, 1997.

VENTURI, Elton. *Processo coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERDE, Giovani. *Profili del processo civile*. 6^a ed. atual., vol 1. Napoli: Jovene, 2002.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VILLEY, Michel, *A filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*, trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

YEAZELL, Stephen. From medieval group litigation to the modern class action. Part I: the industrialization of group litigation. *University of California Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 27, p. 514-564, 1980. (HeinOnline -- 27 UCLA L. Rev. 514 1979-1980).

_____. Group litigation and social context: toward a history of the class action. *Columbia Law Review*, New York, v. 77, p. 866-896, 1977. (HeinOnline -- 77 Colum. L. Rev. 866 1977).

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. – trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZANETI JR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 137-160.

_____. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. *Processo constitucional - o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007.

_____. Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição. *AJURIS*, ano XXXI, n. 94, junho, 2004.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, nº 116, p. 334-371, jul./.. 2004.

ZARIF, Claudio Cintra. Regra do ônus da prova nas ações coletivas. BARONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano (coord.), *Aspectos processuais do Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33-44.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ANEXOS

ANEXO A

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO. UM MODELO PARA PAÍSES DE DIREITO ESCRITO

Antonio GIDI

1. *Notas para a redação de uma exposição de motivos*

O objetivo deste projeto é inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo possível, adaptado à realidade dos países de tradição derivada do direito continental europeu, tendo presente a experiência internacional acumulada com a prática das ações coletivas. O produto aqui oferecido representa a opção do autor entre as possíveis soluções dos vários problemas que se apresentam à tutela jurisdicional coletiva, cada qual com suas vantagens, desvantagens e possibilidades de abuso.

Muitas normas aqui sugeridas são meras repetições, adaptações ou aprimoramentos de normas existentes em outros ordenamentos. Outras, mais inovativas, são o fruto da nossa visão do processo coletivo como um todo, inspiradas no direito processual comparado, individual e coletivo, notadamente nos direitos brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

Uma das contribuições deste projeto é eliminar injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas. Tais diferenças existem no Brasil e nos Estados Unidos meramente por casualidades e equívocos históricos e esta é a oportunidade para corrigir tais deformações. Não há nada que justifique que a notificação nas ações coletivas indenizatórias americanas (*class actions for damages*) seja mais rigorosa do que nas demais ações coletivas ou que o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras seja diferente de acordo com o tipo de pretensão envolvida..

Trata-se da concretização, com alguns anos de atraso, de uma proposta que lançamos quando da defesa da nossa dissertação de mestrado na PUC-SP em 1993 e publicada em Gidi, Antonio, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 77, 1995.⁵⁰⁶

Algumas diferenças entre as ações coletivas, porém, são legítimas, em face das peculiaridades de cada tipo de pretensão. Por esse motivo, este Código contém títulos especiais para a tutela dos direitos transindividuais (de que é titular o grupo como um todo) e para a tutela dos direitos individuais (de que são titulares os membros do grupo individualmente).

O valor da pretensão ou o tipo de controvérsia também podem ser um motivo legítimo para algumas diferenças procedimentais entre ações coletivas: os conflitos resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por produtos químicos põem questões substancialmente diversas daqueles resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por um único incidente, como o naufrágio de um navio. Conflitos resultantes da violação das normas antitruste ou de valores imobiliários também podem apresentar questões peculiares, que podem exigir respostas diversas. Este projeto não procura solucionar tais problemas, que devem ser analisados caso a caso.

Este projeto também não busca solucionar os problemas mais complexos que têm afetado as ações coletivas norte-americanas nas últimas décadas, como a responsabilidade civil em massa causada por produtos químicos, grupos futuros, pretensões envolvendo o direito de vários estados, custo, comportamento anti-ético e outros abusos. O objetivo deste projeto é mais modesto: introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum e aperfeiçoar as ações coletivas naqueles países

⁵⁰⁶Esta proposta encontrou algum suporte entre os autores brasileiros. V., entre outros, Lamêgo Bulos, Uadi, Mandado de segurança coletivo, p. 77 (1996); Braga, Renato, A coisa julgada nas demandas coletivas, p. 103 (2000) e, mais recentemente, Nery, Nelson Junior, "A ação civil pública no processo do trabalho", (Édis Milaré ed., 2001), Ação civil Pública. 15 anos, p. 562 (2001)

que já as possuem. Este projeto não foi concebido para uma audiência norte-americana, muito embora os americanos possam encontrar, aqui e ali, inspiração para a reforma do direito nos Estados Unidos.

Em face da multiplicidade de ordenamentos e da diversidade do vocabulário jurídico empregado nos diversos países de direito escrito (civil law), a linguagem utilizada na redação dos dispositivos deste Código é deliberadamente atécnica: optou-se por valorizar a compreensão imediata do conteúdo da norma e a divulgação de idéias para a solução dos problemas levantados pela tutela coletiva dos direitos. Este é um projeto de teor educativo. Procurou-se criar um sistema na medida do possível auto-explicativo, dispensando-se comentários para a compreensão básica de cada fase do procedimento. Espera-se que as respostas para as dúvidas que surgirão com a sua aplicação prática possam ser extraídas do próprio sistema processual coletivo.

TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1. Cabimento da ação coletiva

1. A ação coletiva é cabível em tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.1 Em especial, a ação coletiva poderá ser proposta para tutelar:

1.1.1. Direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato;

1.1.2. Direitos individuais homogêneos, assim entendidos o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.2. São admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos do grupo e de seus membros. Em especial, a ação coletiva poderá ter por objeto pretensões declaratórias, constitutivas ou condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

1.3. A ação coletiva também é cabível em tutela de pretensões contra um grupo de pessoas, de acordo com o disposto no título V.

Artigo 2. Legitimidade coletiva

2. São legitimados concorrentemente para a propositura da ação coletiva: (legitimados coletivos):

I. O Ministério Público;

II. A União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal;

III. As entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;

IV. As associações sem fins lucrativos, legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

2.1. O grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo.

2.2. Sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros (vide arts. 6, 9, IV e 10.2).

2.3. O Ministério Público, se não ajuizar a ação ou intervier no processo como parte, atuará como fiscal da lei.

2.4. As associações e as entidades e órgãos da administração pública somente poderão propor ações coletivas relacionadas com os seus fins institucionais (pertinência temática).

2.5. O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo.

2.6. A associação representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os de seus associados.

2.7. O advogado do grupo representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os do representante que o contratou.

Artigo 3. Requisitos da ação coletiva

3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

I. Houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;

II. O legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros (vide art. 18,I);

III. A ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.

3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

3.1.1. A competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;

3.1.2. O histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo;

3.1.3. A conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;

3.1.4. A capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;

3.1.5. O tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

3.2. Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva ou inadequação do representante, o juiz notificará amplamente o grupo e outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa (vide arts. 5 e 6). Na ausência de legitimado adequado interessado em assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem julgamento do mérito.

3.3. Quando o grupo for demasiadamente reduzido, seus membros forem facilmente identificáveis e a controvérsia puder, na prática, prosseguir na forma individual, o juiz negará o prosseguimento da ação na forma coletiva mas permitirá que os membros do grupo intervenham no processo e assumam a titularidade da lide individual em litisconsórcio.

TÍTULO II PROCEDIMENTO COLETIVO

Artigo 4. Competência territorial

4. Em caso de Estado Federado, as ações coletivas serão propostas:

I. No foro do local onde ocorreu ou teria ocorrido o dano, quando de âmbito local;

II. No foro da capital do Estado, na Justiça Federal, para os danos de âmbito estadual ou regional;

III. No foro do Distrito Federal, na Justiça Federal, para os danos de âmbito nacional.

Artigo 5. Notificação adequada

5. Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto (vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1).

5.1. A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (Vide. art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as

associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados. (Vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3).

5.2. O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo.

5.3. A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juízo mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo (vide art. 5.12). Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo (vide art. 5.13).

5.4. A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações:

5.4.1. A definição do grupo;

5.4.2. A identificação do réu;

5.4.3. A identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo;

5.4.4. A descrição da controvérsia coletiva, com um resumo dos fatos;

5.4.5. A pretensão coletiva e o objeto do processo;

5.4.6. As consequências do processo coletivo para o grupo e seus membros;

5.4.7. O caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (Vide art. 20.1);

5.4.8. Cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes;

5.4.9. Instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo;

5.4.10. Qualquer outra informação relevante no caso concreto.

5.5. A notificação será enviada em nome do juízo.

5.6. O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz.

5.7. O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada.

5.8. O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante.

5.9. Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo.

5.10. O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada.

5.11. Para evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos (vide art. 14.9).

5.12. O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva (vide art. 5.13).

5.13. Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente

as despesas (vide arts. 5.3 e 5.12).

5.14. O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo.

Artigo 6. Intervenção coletiva (vide arts. 2.2, 3.2, 10.2, 19 e 28.4)

6. Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo (vide art. 24.3).

6.1. O legitimado coletivo também poderá intervir no processo coletivo como assistente da parte contrária ao grupo.

6.2. Os membros do grupo poderão participar do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos.

6.3. O interveniente será ressarcido das despesas e honorários, na medida proporcional à sua participação e contribuição (vide art. 21).

Artigo 7. Objeto do processo coletivo

7. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo (vide arts. 9, II, 10.3 e 16).

Artigo 8. Interrupção da prescrição

8. A propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.

8.1. O prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado (vide art. 16.1).

Artigo 9. Saneamento

9. Encerrada a fase postulatória, e ouvidos as partes e intervenientes, o juiz, em decisão fundamentada:

I. Decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II. Demarcará o objeto do processo coletivo da forma mais abrangente possível, independentemente de provocação (vide arts. 7 e 16);

III. Descreverá, com a precisão possível e necessária, os contornos do grupo titular da pretensão coletiva;

IV. Selecionará o representante mais adequado para representar os interesses do grupo em juízo (vide art. 2.2).

Artigo 10. Poderes do juiz

10. O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1. O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

10.2. Os representantes e intervenientes participarão do processo e apresentarão documentos, argumentos e requerimentos em conjunto, de forma a evitar repetições e contradições. O juiz somente admitirá peças processuais, documentos e provas produzidas em separado, na medida em que não sejam repetitivos (vide arts. 2.2 e 6)

10.3. O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo (vide art. 7).

10.4. O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

10.5. O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

10.6. As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

10.7. O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.

Artigo 11. Ônus da prova

11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Artigo 12. Custo da prova

12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

Artigo 13. Prova estatística

13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção.

Artigo 14. Acordo Adequado

14. O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos (vide arts. 18 e 20.1).

14.1. O acordo deverá tutelar os interesses do grupo como um todo e poderá incluir aspectos alheios ao objeto do processo. Do acordo constará multa diária à parte que não cumprir os seus termos (vide art. 15.2).

14.2. Se o acordo for parcial, a ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva (vide art. 17).

14.3. O Ministério Público e os intervenientes têm o direito de participar em todas as fases da negociação do acordo coletivo.

14.4. Excepcionalmente, o acordo poderá estabelecer que o réu indenizará os membros do grupo através de descontos na compra futura de peças ou produtos de sua fabricação. Os cupons de desconto devem ser tanto quanto possível incondicionais. Limitações de qualquer

espécie devem ser fundamentadas e podem comprometer a adequação da proposta de acordo. Sempre que possível, deverá ser concedido aos membros do grupo a opção pelo recebimento de um valor mais reduzido em dinheiro. A vantagem do grupo, para efeito do cálculo dos honorários advocatícios será calculada com base no valor em dinheiro à vista do acordo e não em face da soma do valor nominal dos cupons (vide art. 21.4).

14.5. As partes encaminharão ao juiz uma proposta de acordo. O requerimento de aprovação da proposta de acordo deverá descrevê-lo de forma neutra e completa, alertando o juízo para os pontos fortes e fracos da proposta, inclusive eventuais prejuízos para o grupo e os motivos pelos quais o acordo deverá ser considerado adequado não obstante tais imperfeições. A inadequação do acordo ou do representante poderá ser ocasionada por graves omissões no requerimento de aprovação.

14.6. Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados (vide art. 5).

14.7. Da notificação da proposta de acordo deverá constar, entre outras informações (vide art. 5.4):

14.7.1. Uma descrição neutra e imparcial da proposta de acordo, com informações sobre os argumentos favoráveis e contrários;

14.7.2. O procedimento e um prazo razoável para impugnação da proposta;

14.7.3. A data e o local da audiência pública de avaliação da proposta;

14.7.4. O valor líquido ou vantagem a ser recebida por cada membro do grupo;

14.7.5. Instruções sobre como obter mais informações sobre o acordo e o processo;

14.7.6. Qualquer outra informação relevante no caso concreto.

14.8. Qualquer interessado poderá apresentar, independentemente de advogado, as razões contra ou a favor da proposta de acordo. O juiz poderá atribuir a um dos interessados ou a pessoa de sua confiança a apresentação de uma peça única, com o resumo de todos os argumentos levantados.

14.9. Antes de promover a notificação ampla ao grupo, o juiz poderá promover uma notificação limitada aos legitimados coletivos (vide art. 2) mais significativos e aos intervenientes que participaram mais ativamente no processo coletivo, convidando-os a se manifestarem sobre a proposta de acordo (vide arts. 5.1 e 5.11).

14.10. O juiz avaliará cuidadosamente a proposta de acordo, levando em consideração fatores como:

14.10.1. Os argumentos favoráveis e contrários à proposta de acordo;

14.10.2. As questões de fato e de direito envolvidas no litígio;

14.10.3. A probabilidade de procedência ou improcedência da pretensão coletiva;

14.10.4. Os riscos envolvidos no litígio;

14.10.5. A complexidade, o custo e a duração do processo coletivo;

14.10.6. A suficiência das provas disponíveis e da fundamentação jurídica da pretensão do grupo no momento da realização do acordo e a possibilidade de que outras informações ou provas venham a ser descobertas durante o desenrolar do processo;

14.10.7. A comparação entre uma eventual sentença de procedência da pretensão coletiva e a proposta de acordo.

Artigo 15. Obrigação de fazer ou não fazer

15. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, de caráter individual ou transindividual, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

15.1. A obrigação somente se converterá em perdas e danos, se por elas optar o grupo ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

15.2. O juiz poderá impor multa diária ao réu, de caráter cominatório, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. O juiz modificará o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A multa é instrumento independente da indenização por perdas e danos e da punição por desobediência de ordem judicial (vide art. 14.1).

15.3. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias para o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade proibida.

Artigo 16. Sentença coletiva

16. A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva da forma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e transindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatórias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado (vide arts. 7 e 9,II).

16.1. A sentença coletiva será ampla e adequadamente notificada ao grupo e seus membros, de acordo com o disposto no art. 5 (vide art. 8.1).

Artigo 17. Sentença coletiva parcial (vide art. 14.2)

17. O juiz poderá decidir parte do pedido coletivo, proferindo sentença parcial, quando quanto a essa parte não houver necessidade de produção de prova ou quando a prova já produzida nos autos for suficiente.

17.1. A sentença parcial poderá ser recorrida e executada nos mesmos termos que a sentença final.

17.2. A ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva.

Artigo 18. Coisa julgada coletiva

18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por:

I. Representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros (vide art. 3, II);

II. Insuficiência de provas.

18.1. Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado.

18.2. Os vícios de que trata este artigo serão conhecidos tanto pelo juiz da causa como pelo juiz da ação individual ou coletiva posteriormente proposta.

18.3. Na ação individual proposta por um membro do grupo vinculado pela coisa julgada coletiva somente poderão ser discutidas questões não acobertadas pela coisa julgada coletiva e questões de natureza individual (vide art. 20.1).

Artigo 19. Litispendência

19. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva (vide art. 6)

19.1. O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva.

Artigo 20. A ação coletiva e as correspondentes ações individuais

20. A ação coletiva não induz litispendência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações individuais não serão extintas.

20.1. O membro do grupo que propuser ação individual até a data da publicação da sentença ou da homologação do acordo coletivo será excluído do grupo e não será vinculado em sua esfera individual pela coisa julgada coletiva (vide art. 18.3).

20.2. O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida em que sejam propostas.

20.3. Se o membro do grupo autor da ação individual for notificado da existência de uma correspondente ação coletiva, poderá requerer a suspensão do seu processo individual no prazo de 60 dias, se quiser se vincular à coisa julgada coletiva.

20.4. Se a ação coletiva for extinta com julgamento do mérito, o membro do grupo que requereu a suspensão do seu processo individual será vinculado pela coisa julgada coletiva e, se for o caso, a ação individual será extinta (vide art. 18.3).

20.5. Se a ação coletiva for extinta sem julgamento do mérito ou se não houver formação da coisa julgada coletiva (vide art. 18), a ação individual que estava suspensa poderá prosseguir.

20.6. Na ausência da notificação a que se refere o art. 20.3, o autor da ação individual será beneficiado mas não poderá ser prejudicado pela coisa julgada coletiva.

20.7. Antes da publicação da sentença coletiva ou da homologação do acordo coletivo, o autor da ação individual que requereu a suspensão do seu processo individual nos termos do art. 20.3 poderá se desligar da ação coletiva e requerer o prosseguimento da sua ação individual.

Artigo 21. Despesas e honorários

21. Nas ações coletivas ativas, não haverá adiantamento de custas e quaisquer outras despesas por parte do grupo.

21.1. A sentença, independentemente de requerimento, condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que efetuou e os honorários advocatícios.

21.2. Nas ações coletivas ativas julgadas improcedentes, o representante do grupo e os intervenientes não serão condenados a pagar honorários de advogado, custas e despesas processuais do vencedor, salvo se a ação coletiva for proposta ou mantida de má-fé, caso em que o representante do grupo, os intervenientes e as pessoas diretamente envolvidas serão solidariamente condenados a pagar honorários advocatícios e até o décuplo das custas e despesas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

21.3. O pagamento dos honorários do advogado do grupo poderá ser condicional ao resultado obtido na ação coletiva, mas o advogado não poderá financiar o litígio (vide art. 24.1).

21.4. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração, entre outros fatores, a vantagem obtida para o grupo, a quantidade e a qualidade do trabalho realizado pelo advogado e a complexidade da causa.

21.5. Como incentivo à propositura de ações coletivas e ao ativo controle do processo pelos legitimados coletivos (vide art. 2), o juiz poderá atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente cuja atuação foi relevante na tutela dos direitos, interesses e garantias do grupo e de seus membros. Esse valor poderá ser retirado da indenização devida ou pago pelo réu. Em sua avaliação, o juiz levará em consideração a participação do legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar.

21.6. O juiz poderá reter parte do pagamento dos honorários do advogado ou da gratificação do legitimado coletivo até a satisfação total da pretensão coletiva.

Artigo 22. Precedência da ação coletiva

22. O juiz poderá dar prioridade ao processamento de uma ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Artigo 23. Ação rescisória coletiva

23. A sentença coletiva de mérito com força de coisa julgada (vide art. 18) poderá ser rescindida através de ação autônoma proposta por um dos legitimados coletivos (vide art. 2) quando:

- I. Devido à dimensão, natureza ou característica do ilícito ou do dano, não foi possível, no momento da decisão ou do acordo, uma análise da sua adequação ou das suas consequências;
- II. Devido à complexidade das questões, não foi possível uma análise adequada do material probatório produzido ou dos argumentos jurídicos suscitados na ação coletiva;
- III. A decisão ou o acordo, nas relações continuativas, mostrarem-se manifestamente inadequadas com o passar do tempo.
- IV. Ocorrer uma das hipóteses previstas na lei processual individual.

TÍTULO III TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS TRANSINDIVIDUAIS DO GRUPO

Artigo 24. Fundo dos Direitos de Grupo

24. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado ao grupo reverterá ao Fundo dos Direitos de Grupo, gerido por uma comissão formada por membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade (vide art. 27).

24.1. Os recursos do Fundo serão destinados à reconstituição ou reparação dos danos causados ao grupo. Caso a reconstituição ou reparação não seja possível, os recursos deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível relacionada com a natureza da infração ou do dano causado, inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas e de projetos científicos, de pesquisa, informativos e educacionais (vide arts. 5 e 21.3).

24.2. O Poder Executivo constituirá a comissão gestora do Fundo dos Direitos de Grupo no prazo de 90 dias a partir da entrada em vigor deste Código. Enquanto a comissão não estiver devidamente constituída, o dinheiro ficará depositado em conta bancária com correção monetária.

24.3. O Fundo dos Direitos de Grupo será notificado sobre a propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes em tais processos e poderá intervir em processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo (vide arts. 5.1 e 6).

TÍTULO IV TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS INDIVIDUAIS DOS MEMBROS DO GRUPO

Artigo 25. Cálculo dos danos individuais

25. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva e a execução da sentença coletiva será feita na forma coletiva.

25.1. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

25.2. O membro do grupo que considerar que o valor da sua indenização individual ou a fórmula para seu cálculo é diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

25.3. Se o juiz da ação coletiva não puder calcular o valor dos danos individualmente sofridos pelos membros do grupo, a condenação coletiva será genérica, fixando a responsabilidade civil do réu pelos danos causados e o dever de indenizar, deferindo a liquidação dos danos individuais a processo individual promovido por cada membro do grupo (vide art. 26). Os membros do grupo terão o prazo de dois anos, a contar da notificação da decisão transitada em julgado, para iniciar suas ações individuais de liquidação e execução contra o réu (vide art. 27).

Artigo 26. Distribuição do dinheiro

26. Em caso de condenação de pagar indenização individual aos membros do grupo, o dinheiro da condenação deverá ser distribuído de forma rápida, econômica e eficiente.

26.1. Após o trânsito em julgado da decisão, o réu deverá indenizar os membros do grupo voluntariamente, independentemente de instauração de processo de liquidação ou execução, mediante produção suficiente de provas por parte dos membros do grupo que se habilitarem.

26.2. O juiz da ação coletiva poderá nomear uma ou mais comissões de árbitros que avaliarão os casos duvidosos, com recurso para o juiz da ação coletiva. As comissões serão formadas por uma a três pessoas, preferencialmente compostas por juízes, advogados, estudantes de direito ou outras pessoas responsáveis, de indicação do juiz e sugestão das partes. As controvérsias individuais também poderão ser remetidas para os tribunais de pequenas causas ou outro tribunal competente.

26.3. O juiz indicará a remuneração devida aos árbitros, que será de responsabilidade do réu. A remuneração não poderá ser calculada proporcionalmente ao valor das decisões da comissão, mas será uma função do número e da complexidade dos processos que decidir.

26.4. As decisões dos árbitros não são vinculantes, mas se o réu se recusar a cumprir voluntariamente pretensão individual manifestamente procedente, o juiz poderá condená-lo a pagar até cem vezes valor sugerido pela comissão, além das despesas e honorários advocatícios. Na análise do valor da multa, o juiz deverá levar em consideração, entre outros fatores:

26.4.1. Os motivos para o não cumprimento;

26.4.2. O grau de certeza da pretensão do membro do grupo;

26.4.3. O grau de reincidência do réu;

26.4.4. A necessidade de coibir o réu;

26.4.5. A boa fé das partes durante o processo arbitral;

26.4.6. A disponibilidade financeira do réu.

Artigo 27. Indenização individual global e Fundo dos Direitos de Grupo

27. O juiz fixará o valor global dos danos individualmente causados aos membros do grupo e o reverterá para o Fundo dos Direitos de Grupo, se um número de membros incompatível com a dimensão do grupo for ressarcido ou propuser ação de liquidação ou execução individual no prazo previsto no art. 25.3 (vide art. 24).

27.1. O valor do dano globalmente causado aos membros do grupo poderá ser apurado imediatamente, mas somente poderá ser executado após o decurso do prazo previsto no art. 25.3.

27.2. O juiz poderá reverter parte do valor da condenação total para o Fundo antes do prazo previsto no art. 25.3, se houver improbabilidade prática de propositura de ações individuais devido, por exemplo, à dificuldade da prova, ao reduzido valor das pretensões individuais, ou à insolvência do réu.

TÍTULO V AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Artigo 28. Ações coletivas passivas

28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue.

28.1. A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo (vide arts. 2.1, 2.6 e 18).

28.2. Se não houver associação que congregue os membros do grupo réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo (vide art. 2.2).

28.3. Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representá-los em juízo na ação coletiva passiva.

28.4. Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo (vide art. 6).

28.5. O representante terá o direito de ser ressarcido pelos membros do grupo das despesas efetuadas com o processo coletivo, na proporção do interesse de cada membro.

Artigo 29. Processo civil coletivo ativo supletório

29. Aplicam-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

29.1. Sempre que possível e necessário, as normas referentes às ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas.

TÍTULO VI PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

Artigo 30. Interpretação flexível

30. Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais.

30.1 O juiz adaptará as normas processuais às necessidades e peculiaridades da controvérsia e do grupo, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão.

Artigo 31. Processo civil coletivo supletório

31. O disposto neste código se aplica, no que for cabível, a todas as ações coletivas.

Artigo 32. Processo civil individual supletório

32. Aplicam-se complementarmente ao processo coletivo as normas, princípios e garantias processuais civis individuais no que não conflitar com o espírito do processo coletivo.

32.1. Sempre que possível e necessário, as normas, princípios e garantias incompatíveis com o espírito do processo coletivo devem ser adaptadas às necessidades e peculiaridades da tutela coletiva.

TÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 33. Entrada em vigor

33. Este Código entrará em vigor na data da sua publicação, sendo aplicado imediatamente aos processos coletivos pendentes.

ANTONIO GIDI

ANEXO B

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA Capítulo I – Disposições gerais

Art 1^o . Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;
- II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Art 2^o . Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

- I – a adequada representatividade do legitimado;
- II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1^o . Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par.2^o . Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

- a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c – sua conduta em outros processos coletivos;
- d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Par. 3^o – O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4^o do artigo 3^o .

Art. 3^o . Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

- I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;
- II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;
- III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;
- IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;
- V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
- VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;
- VII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

VIII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par. 4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par. 5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Capítulo II – Dos provimentos jurisdicionais

Art. 4º. Efetividade da tutela jurisdicional - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 5º. Tutela jurisdicional antecipada - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Par. 1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

Par. 2º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Par. 3º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Par. 4º. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

Art. 6º. Obrigações de fazer e não fazer - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Par. 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e

pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Par. 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 7º. Obrigações de dar - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 8º. Ação indenizatória - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Par. 1º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

Par. 2º. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par. 3º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 4º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

Par. 5º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Capítulo III – Dos processos coletivos em geral

Art. 9º. Competência territorial - É competente para a causa o foro:

- I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
- II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Art. 11. Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par.1 . O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2 - A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par.3 . Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4 . Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5 . Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

- I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;
- II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;
- III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;
- IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 12.

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1 . O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2 – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3 - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art.13. Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova

a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

Par. 3º - Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 4º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 16. Prioridade de processamento - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 17. Interrupção da prescrição - A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art.18. Efeitos da apelação - A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art.19. Execução definitiva e execução provisória - A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par.1º - A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par.2º - A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par.3º - A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IV – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art 20. Ação coletiva de responsabilidade civil - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

Par. 1^o - Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.

Par. 2^o - Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Par. 3^o - Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1^o . Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2^o . Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par.3^o - O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva. Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art 24. Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.

Art. 25. Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

Artigo 26. Competência para a execução. É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art 27. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 3^o promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Parágrafo único. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de

provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

Art 28. Concurso de créditos - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Par. 2º. O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6º.

Capítulo V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada

Art. 29. Conexão - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Art. 30. Litispendência - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

Art. 31. Relação entre ação coletiva e ações individuais - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Parágrafo único – Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

Art. 32. Conversão de ações individuais em ação coletiva. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Art. 33. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) dois anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

Par. 2º - Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Art. 34. Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

Art. 36 – Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38 – Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Capítulo VII – Disposições finais

Art. 39. Princípios de interpretação - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 40. Especialização dos magistrados - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Agosto de 2004

ANEXO C

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Capítulo I – Das demandas coletivas

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva – A tutela jurisdicional coletiva é exercida por intermédio da ação coletiva ativa (Capítulo II, Seções I e II), da ação coletiva passiva (Cap. III), do mandado de segurança coletivo (Capítulo IV) e das ações populares (Capítulo V, Seções I e II), sem prejuízo de outras ações criadas por lei.

Art. 2º. Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

Art. 3º. Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Parágrafo único. Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 4º - Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 5º. Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 20 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

Par. 1º. Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Na hipótese de conexidade entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento deverá obrigatoriamente determinar a reunião de processos para julgamento conjunto.

Par. 3º. Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e II deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir.

Art. 6º . Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

Par. 1º . Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

Par. 2º . A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

Par. 3º . O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou, após instaurar o, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos individuais referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

Par. 4º . Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual.

Art. 7º . Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao procurador-geral, e este ajuizará a demanda coletiva, designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 8º . Efeitos da citação –A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 9º . Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 10. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Par. 2º. O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

Par. 3º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 11. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 12. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.

Par. 2º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 28 e 29 deste Código.

Par. 3º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Par. 5º. Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

Par. 6º - A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 13. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 19 deste Código).

Art. 15. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par. 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par. 2º. A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par. 3º. A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art 16. Custas e honorários – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

Par. 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 3º. Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva.

Par. 4º. Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 5º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art 17. Juízos especializados – Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Capítulo II – Da ação coletiva ativa

Seção I – Disposições gerais

Art. 18. Cabimento da ação coletiva ativa. A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 3º deste Código.

Art. 19. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, neste último caso quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem predominantemente hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Par. 1º. Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

Par. 2º. No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

Par. 3º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par. 4º. Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 5º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 6º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par. 7º. Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no par. 3º deste artigo.

Par. 8º. Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 7º deste Código.

Par. 9º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Art. 20. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

Par. 1º. A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

Par. 2º. Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

Art. 21. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

Par. 1º – A eficácia probante, em juízo, das peças informativas do inquérito civil dependerá da participação do investigado, em sua colheita, ressalvadas as perícias, que poderão ser submetidas a contraditório posterior.

Par. 2º. Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

Par. 3º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

Par. 4º. Os demais legitimados (art. 21 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

Par. 5º. O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

Par. 6º. Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Par. 7º. Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 22. Da instrução da inicial – Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

Par. 1º - As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

Par. 2º - Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

Par. 3º - Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença.

Art. 23 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par. 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par. 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no par. 1º do artigo 10 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do par. 2º do mesmo artigo.

Art. 24. Ação ressarcitória – Na ação ressarcitória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a reparação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido, ou em indenização voltada à reparação do dano, a qual reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem jurídico prejudicado (artigo 25 deste Código).

Par. 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, fixando prazo razoável para que as medidas sejam concretizadas;

Par. 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Par. 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos par.s 2º e 3º deste artigo o disposto no par. 1º.

Art. 25. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado, bem como a custear as perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Par. 1º. Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no caput do artigo 24, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o par. 3º do artigo 33, ambos deste Código, constituem receita do Fundo o produto da arrecadação de multas e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada no compromisso de ajustamento de conduta.

Par. 2º. O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

Par. 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de “amicus curiae”.

Par. 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par. 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvida.

Seção II – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 26. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par. 2º. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria.

Art. 27. Ação de responsabilidade civil – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art. 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 28. Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no par. 5º deste artigo.

Par. 1º. Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado.

Par. 2º. Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

Par. 3º. Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

Par. 4º. Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código.

Par. 5º. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 29. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 30 - Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

Par. 2º. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par. 3º. O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Par. 4º. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 31. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da ação condenatória ou da sede do legitimado à ação de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

I – da ação condenatória ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

Parágrafo único. O exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

Art. 32. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras no processo de conhecimento, observados os requisitos do artigo 15 deste Código.

Par. 1º. Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Par. 2º . A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Par. 3º. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Par. 4º. Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de honorários por serviços prestados, o montante destes será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

Par. 5º. A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide no processo de conhecimento.

Art. 33. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 19 deste Código.

Art. 34. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 19 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Par. 1º. Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

Par. 2º. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

Par. 3º – O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 26 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

Art.35. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III – Da ação coletiva passiva

Art. 36. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 19, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 3º) e a tutela se revista de interesse social.

Art. 37. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 38. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no art. 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

Capítulo IV - Do mandado de segurança coletivo

Art. 39. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 3º deste Código).

Art. 40 – Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 41. Disposições aplicáveis – Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V - Das ações populares

Seção I – Da ação popular constitucional

Art. 42 - Disposições aplicáveis – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II – Ação de improbidade administrativa

Art. 43 – Disposições aplicáveis – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código e pelas da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Capítulo VI – Disposições finais

Art. 46 – Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de

permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

Par. 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

Par. 2º. O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. – Instalação de órgãos especializados - A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48 - Princípios de interpretação – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49 - Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a – O artigo 273 do Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação, acrescidos os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D:

“Art.273

§4ºA tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C)”.

§5 “Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz”.

Art.273-A. “A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

Art.273-B. “Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código”.

§1 “Concedida a tutela antecipada, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a– ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.”

§ 2º “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-C. “Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.”

Parágrafo único. “Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-D. “Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

b – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

c - O artigo 7º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 7º – “.....

I –

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.”

d - Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 18 - “.....

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

e - Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º e 3º como 3º, 4º e 5º:

Art.17 – “.....

Par. 1º – Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

Par. 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

Par.3º.....

Par.4º.....

Par.5º.....”.

f – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 80: “As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa”.

Art. 51. Revogação – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n.

9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52 - Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Outubro de 2005.

ANEXO D

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4º. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

Art. 6º. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Seção II – Da litispendência e da continência

Art. 7º. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

Art. 9º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério

Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

Capítulo V – Da prova

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

Art. 20 Motivação das decisões judiciais Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Capítulo VII – Das obrigações específicas

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

Capítulo VIII – Da liquidação e da execução

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à

realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art. 8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

Capítulo III – Da ação popular

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

Capítulo IV – Da ação de improbidade administrativa

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:
art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:
art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.

ANEXO E

PROJETO DE LEI DA PRESIDENCIA DA REPÚBLICA ENCAMINHADO AO CONGRESSO NACIONAL - mensagem do presidente n. 238-090413 acessível no site do Plantalto.

SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES

PROJETO DE LEI

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

- I - amplo acesso à justiça e participação social;
- II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
- III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
- IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
- V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
- VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
- VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
- VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e
- IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III

DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

- I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;
- II - conexão probatória; ou
- III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2º O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o caput do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no caput, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-

se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do caput, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V

DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI

DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no caput e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do caput à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor

individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no caput, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos ex nunc.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII

DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII

DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI

DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no caput.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no caput, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no caput.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;

e

XII - a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,

Brasília, 8 de abril de 2009.

